

PABLO OCTAVIO CABRAL

La igualdad estructural en el proceso administrativo

Fundamentos constitucionales

PRÓLOGO DE RAFAEL VALIM



derechos
humanos

La igualdad estructural en el proceso administrativo

La igualdad estructural en el proceso administrativo

Fundamentos constitucionales

PABLO OCTAVIO CABRAL



Simulación de ISBN...

La igualdad estructural en el proceso administrativo

Fundamentos constitucionales

PABLO OCTAVIO CABRAL



EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA (EDULP)

48 N° 551-599 4° Piso/ La Plata B1900AMX / Buenos Aires, Argentina

+54 221 644-7150

edulp.editorial@gmail.com

www.editorial.unlp.edu.ar

Edulp integra la Red de Editoriales de las Universidades Nacionales (REUN)

ISBN xxx-xxx-xxxx-xx-x

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723

© 2025 - Edulp

Impreso en Argentina

Dedicatoria...

Índice

Prólogo.....	
Introducción.....	7
Bases sociológicas y filosóficas.....	19
Principios e ideología del derecho administrativo argentino.....	44
El Poder Judicial en la teoría de la democracia deliberativa.....	91
El principio de igualdad y no discriminación	124
Constitucionalización de las medidas de acción positiva	228
La justicia contencioso administrativa y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	422
Las tutelas procesales diferenciadas en el contencioso administrativo.....	533
El peligro de un nuevo control de constitucionalidad vertical y concentrado.....	658
Conclusiones	
Bibliografía	

INTRODUCCIÓN

Este libro es producto de los años de estudio y debate en la Maestría en Derechos Humanos, cursada y finalizada en el Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

El objeto de estudio de esta obra son los fundamentos constitucionales de las tutelas procesales diferenciadas, pretendiendo analizar su utilización concreta dentro del proceso contencioso administrativo federal, y haciendo eje en la actual ley de medidas cautelares contra el Estado Nacional.

Si bien en el proyecto original se contemplaba como una temática también principal la participación ciudadana como control de las políticas públicas y modo de hacer efectivos los derechos sociales, en el desarrollo del trabajo dichas cuestiones perdieron centralidad –sin ser eliminadas de la tesis– para dejar espacio a los fundamentos constitucionales –en particular el principio de igualdad y las medidas de acción positiva– sobre los que se erigen las tutelas procesales diferenciadas¹.

¹ El proyecto inicial de la tesis de maestría en Derechos Humanos presentado ante las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas llevaba el título “*Las tutelas procesales*”

En realidad, el presente estudio se inició en forma inorgánica –y sin saberlo– a partir de mi ejercicio profesional y académico a fines del siglo pasado en la Ciudad de La Plata, en momentos en que –como joven abogado– litigaba ante las Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, llevando algunos casos de defensa de personas con discapacidad ante el Estado provincial y municipal. Luego mi trabajo, ya integrando como funcionario el fuero contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires (tanto en primera instancia como en cámara y en la secretaría de demandas originarias de la SCBA), me permitió conocer en la práctica situaciones concretas en las que se debatía en rededor de derechos fundamentales de personas vulnerables y el tipo de respuesta que podía y debía brindar el Poder Judicial.

Recuerdo que me impactó mucho la medida cautelar dictada por el máximo tribunal de justicia bonaerense en diciembre de 1997², en la que dispuso el otorgamiento de tal protección procesal en favor del señor Félix F. Lasarte, quien “sufrió en un accidente la amputación de ambas manos lo que, no obstante su reimplante, lo inhabilita en forma parcial, pero permanente, para la realización de tareas que requieran la utilización de ellas– que, desde hacía un tiempo, estaba autorizado por la Municipalidad de La Plata a explotar un puesto de ventas de comidas al paso y gaseosas en la Plaza Moreno, una de las más importantes de la Ciudad de La Plata. Antes de que se venciera el término acordado para esa utilización especial, solicitó que se le permitiera continuar ejerciéndola, sea mediante una prórroga de la que tenía u otorgándosele una nueva”³.

diferenciadas en el proceso contencioso-administrativo. Una herramienta para la efectivización de los Derechos Sociales y la participación ciudadana a través del control judicial de las políticas públicas” y el desarrollo del trabajo de investigación derivó en su cambio o readecuación al que hoy presento en este documento.

² SCBA, causa “Lasarte, Félix F. c. Municipalidad de La Plata”, resolución del 09 de diciembre de 1997.

³ Martiarena, Juan José; “Avance jurisprudencial en materia de medidas cautelares en el proceso administrativo bonaerense”, LL 1998-B, pág.502.

Como lo destacó el profesor Juan José Martiarena en su comentario a dicho fallo, el precedente de la Suprema Corte resultó innovador por utilizar una herramienta procesal protegiendo a una persona que integra un grupo vulnerable, privilegiándola por sobre otra persona que no se hallaba en similar situación. En el caso, “la Municipalidad platense otorgó un permiso precario para explotar ese mismo puesto de venta a un tercero, no discapacitado, en el marco de una ordenanza que regula lo que ella misma llama “reconversión laboral” de los vendedores ambulantes, cuya actividad fue prohibida no hace mucho tiempo en la ciudad, pero sin acatar la preferencia aludida”⁴.

Mirando más de veinte años atrás, cuando la reforma constitucional de 1994 tenía unos pocos años, la Suprema Corte bonaerense utilizaba una herramienta procesal en favor de una persona con discapacidad, diferenciando en su favor a la hora de disponer el otorgamiento de una medida cautelar, poniendo implícitamente en crisis –sin exponerlo como un conflicto– la versión más liberal del principio constitucional de igualdad ante la ley.

Posteriormente, y en mi actividad como auxiliar docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, participé de investigaciones relacionadas con la efectividad de los Derechos Sociales y su justiciabilidad en el fuero contencioso administrativo⁵ e intervine en un

⁴ Martiarena, ob cit; “Si se analiza lo resuelto en esta causa a la luz de la jurisprudencia recordada en las notas precedentes, se advertirá fácilmente que implica la consagración de un criterio superador en la materia. En efecto: la Suprema Corte Bonaerense, al decretar la suspensión de la ejecución de los actos impugnados, ha dictado, sin lugar a dudas, una medida cautelar innovativa puesto que, sabiendo que el local había sido ya entregado a otro permisionario, ordena a la Municipalidad que permita que siga explotándola el actor. Los actos en cuestión habían sido íntegramente ejecutados –circunstancia que el tribunal corroboró porque antes de resolver pidió informes a la demandada, según se desprende de la decisión– y, evidentemente, lo mandado implica que la administración deberá hacer todo lo necesario para restablecer al demandante en el ejercicio del permiso o concesión cuya renovación o nuevo otorgamiento le denegara.”

⁵ Fui integrante del Grupo de Investigación del Proyecto bianual titulado: “*Problemas menores. El juzgamiento de las políticas públicas en materia de niñez y juventud en la provincia de Buenos Aires. Prácticas y prestaciones en disputa.*” (J-139) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, dirección a cargo de

proyecto de extensión universitaria en el que se trabajó en la especial protección del derecho a la vivienda en situaciones de desalojos de personas altamente vulnerables⁶.

En el ámbito de la Facultad de Ciencias Jurídicas, con un grupo de docentes e investigadores, constituimos el Centro de Investigación en Derecho Crítico⁷, en cuyo documento de creación propusimos como forma de trabajo en dicho ámbito el método de investigación acción, que resultó también central para la presente tesis. Dentro de las temáticas que propusimos investigar se destaca el estudio de la función del poder judicial en la protección y reconocimiento de derechos fundamentales, siendo el presente estudio –de alguna manera– parte de las actividades de dicha unidad de investigación.

la Profesora Carola Bianco. Proyecto aprobado por la UNLP. Anteriormente fui Director del Proyecto de Investigación sobre: “*La Justicia Administrativa como herramienta para la efectivización de los derechos sociales reconocidos constitucionalmente en la Provincia de Buenos Aires*”, presentado y aprobado por la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (ABDA) y apoyado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Ampliar en: Cabral, Pablo Octavio (2007). Protocolo de investigación: “*La Justicia Administrativa como herramienta para la efectivización de los derechos sociales reconocidos constitucionalmente en la Provincia de Buenos Aires*” publicado en la Revista de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (ABDA) AÑO 1, N° ½, Enero/Agosto 2007 (Disponible en SEDICI; <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/78316>).

⁶ Fui integrante y coordinador del Proyecto de Extensión “*Construyendo Lazos Sociales: Educación no formal para la inclusión social y laboral, el empoderamiento y la construcción de identidad*”, convocatoria 2015, del área temática educación, Unidad académica ejecutora: Facultad de Bellas Artes –UNLP–, Unidad académica participante: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales –UNLP–, acreditado con subsidio. A partir de dicha intervención presenté un trabajo que fue seleccionado –y posteriormente publicado– en la Convocatoria sobre experiencias en materia de exigibilidad y justiciabilidad de DESCA por el trabajo “*Los derechos a una vivienda digna y a la salud en contextos sociales y económicos de exclusión. El caso de los habitantes del Barrio Alegre en el Gran La Plata, Argentina*”. En la convocatoria “*Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina y el Caribe*”, el Centro de Estudio de Justicia de las Américas (CEJA) y el proyecto DIRAJus.

⁷ El Centro de Investigación en Derecho Crítico fue aprobado dentro de la Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales por la Universidad Nacional de La Plata mediante Disposición R N° 676 de fecha 27 de diciembre de 2019, y actualmente se encuentra bajo la dirección del Profesor Dr. Alejandro Medici.

En mi condición de profesor titular de la materia Derecho Administrativo de la Universidad Nacional Madres de Plaza de Mayo, organizamos junto con otros docentes de la disciplina un Grupo de Investigación en Derecho Administrativo Crítico en el que abordamos desde dicha perspectiva diversos temas, entre los que se incluye el tratado en esta obra.

Por último, toda esta tarea de investigación –en parte teórica y en parte producto de la experiencia y las prácticas profesionales– también la fui compartiendo en la comunidad académica mediante la publicación de artículos y trabajos en diversas revistas científicas y obras colectivas, muchos de los cuales resultan aquí la base argumental y de contenidos de varios capítulos de este libro⁸.

⁸ Cabral, Pablo Octavio; “La Tutela Judicial efectiva en la provincia de Buenos Aires. La problemática de la Jurisdicción contencioso administrativa”, publicado en la revista “Lexis Nexis- Jurisprudencia Argentina”, suplemento de derecho administrativo del 9 de octubre de 2002, con referato (Disponible en SEDICI; <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/69835>); “La tutela judicial efectiva y las defensorías ciudadanas”, publicado en el libro de ponencias de la “X Jornada de Jóvenes Investigadores de la AUGM”, 20 a 22 de noviembre de 2002. Sin referato. Extensión: 1 carilla –pág. 690– (Disponible en SEDICI; <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/70130>); “Medida precautelar contra el procedimiento administrativo de ejecución hipotecaria del Banco de la Provincia de Buenos Aires”, publicado en la revista “Lexis Nexis- Jurisprudencia Argentina”, suplemento de derecho administrativo de fecha 5 de mayo de 2004, con referato. En coautoría con el Dr. Leopoldo Rivas (Disponible en SEDICI; <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/69833>); “La justicia administrativa como herramienta constitucional de control del sistema político – administrativo”, publicado en la revista “Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina”, Suplemento de Derecho Administrativo de fecha 3 de noviembre de 2004, con referato (Disponible en SEDICI; <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/69756>); “La relación entre el Sistema Institucional de Control del Poder Público y el Acceso a la Justicia Administrativa en la provincia de Buenos Aires”, del libro colectivo “Acceso a la Justicia. Trabajo del Concurso Argenjus 2005”, Editorial La Ley, Buenos Aires, octubre de 2006, pág. 47 a pág. 120 (Disponible en SEDICI; <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/70135>); “El poder judicial como herramienta institucional de participación ciudadana en el marco de la teoría de la democracia deliberativa” publicado en la Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el mes de septiembre de 2008 –año 2, N° 2–. Con referato. Extensión 29 carillas, pág. 157 a 185. (Disponible en SEDICI; <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/69752>); “La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la Ley 26.854 frente a los principios y estándares internacio-

A través de todas estas pequeñas referencias personales, que pueden parecer comentarios meramente anecdóticos, pretendo dejar expuestas las motivaciones profundas que me llevaron a elegir el tema de aquella tesis final y a desarrollar el presente libro. Y es que no resulta indiferente para esta investigación haber cursado la Maestría en Derechos Hu-

nales de protección de los Derechos Humanos”, publicado en Jurisprudencia Argentina el 12/06/2013 (SJA 2013/06/12-9; JA 2013-II), con referato. Extensión 38 carillas, pág. 9 a 47; “La Ley de responsabilidad del Estado (26.944) y la Ley de medidas cautelares contra el Estado (26.854) frente al principio de progresividad de los derechos sociales” publicado en la página web “palabrasdelderecho.blogspot”, octubre de 2014. Sin referato. Extensión 30 carillas. (Disponible en SEDICI; <http://hdl.handle.net/10915/61302>); “Las tutelas procesales diferenciadas en los procesos contencioso-administrativos”, publicado en INFOJUS, en junio de 2015 (www.infojus.gov.ar/ Id Infojus: DACF150657); Capítulo “Las leyes de Responsabilidad del Estado y de Medidas Cautelares contra el Estado frente al principio de progresividad de los derechos sociales” del Libro “Nuevo Estado, Nuevo Derecho”, Editorial INFOJUS, noviembre 2015, pág. 281 y sgtes (Id SAI: DACF160003); “La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la Ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los Derechos Humanos.” Publicado en la Revista. Internacional de Direito Público - RIDP | Belo Horizonte - Brasil, año 3, n. 5, p. 21- 83, jul./dez. 2018, con referato. Extensión 63 carillas, pág. 21 a 83 (Disponible en SEDICI; <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/72986>); “El proceso contencioso frente al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, publicado en Revista Derechos en Acción (ISSN 2525-1678), 6(6). <https://doi.org/10.24215/25251678e133>, con referato externo doble ciego, Extensión 51 carillas (disponible digitalmente en www.revistas.unlp.edu.ar/ReDeA); “Las tutelas procesales diferenciadas en materia ambiental”, publicado Revista Derechos en Acción (ISSN 2525-1678), 8(8). <https://doi.org/10.24215/25251678e209>, con referato externo doble ciego. Extensión 54 carillas (disponible digitalmente en www.revistas.unlp.edu.ar/ReDeA); “La judicialización de la política: propuesta de un abordaje sociológico a un fenómeno político que impacta en el campo jurídico”, publicado en la Revista Trayectorias Universitarias (ISSN: 2469-0090), vol. 4, no. 7, diciembre 2018, con referato. Extensión: 13 carillas, pág. 3 a 16 (Disponible en SEDICI; <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/72916>); “El Lawfare en Argentina: luchas por la hegemonía del poder en el campo jurídico”, publicado en Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (Brasil); vol. 9, p. 231-258, 01 de junio de 2019, con referato. Extensión 19 carillas (Disponible en SEDICI; <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/76293>); “Las tutelas procesales diferenciadas en el proceso contencioso administrativo: derechos patrimoniales vs. derechos fundamentales”, publicado en Revista Actualidad Jurídica. Civil y Comercial, Córdoba, ISSN 1852-5113, Año XII, Vol 286, diciembre de 2018; entre otros.

manos en la que, tanto sus autoridades, docentes y colaboradores son un ejemplo del compromiso por la defensa y lucha por la protección y efectividad de los derechos fundamentales de todas las personas, y en especial aquellas que integran grupos vulnerables. Desde ese preciso lugar, contexto histórico, geográfico y ubicación subjetiva, es que afronté el trabajo de investigar y le di forma a la tesis y, ahora, a este texto jurídico de investigación y difusión.

Esta obra intenta exponer una reflexión teórica situada⁹, en la que se proponga –simplemente– una mirada alternativa a la hegemónica en el campo del derecho público argentino.

El derecho procesal administrativo (proceso contencioso administrativo) es el conjunto de normas y principios que reglamentan los juicios en que el Estado es parte o en los que una de las partes ejerce una función administrativa por delegación estatal, siendo uno de los clásicos ámbitos en el que las prerrogativas estatales se hacen presente dificultando el acceso a la justicia.

Tanto a nivel federal, como en el ámbito bonaerense, la revisión judicial de las políticas públicas y la consiguiente efectivización de los derechos sociales es competencia de la justicia contencioso administrativa. Entre todas las legislaciones procesales del país se destaca un grupo de códigos antiguos que constituyen la vieja justicia administrativa, en la que las diferencias entre las situaciones de los accionantes, a través de las diversas legitimaciones procesales, son homologadas jurídicamente, es decir negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad.

A partir de las reformas constitucionales de la década de 1990 fueron creados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la jurisdicción bonaerense nuevos fueros descentralizados con competencia material en casos de derecho público. La puesta en funcionamiento de

⁹ Auat, Alejandro: *Hacia una filosofía política situada*, Waldhuter Editores, Buenos Aires, 2011.

estos nuevos tribunales permitió el desarrollo de una jurisprudencia de efectivo control de las políticas sociales de los Estados y la garantía de los derechos sociales en dicho ámbito judicial. En las nuevas justicias administrativas porteña y bonaerense la clasificación tripartita para acceder a la justicia fue superada, exigiendo como legitimación la afectación de un derecho o interés tutelado por el ordenamiento jurídico, y frente a la existencia de diferencias sociales y económicas entre distinguidos grupos de personas dentro de una sociedad, reacciona con indiferencia ante esas desigualdades jurídicas, mediante un contenido mínimo de la esfera pública procesal.

Ambas respuestas resultan insuficientes ante la configuración jurídica de las diferencias, siendo necesario dar un paso más, hacia un modelo de igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad estructural en los derechos fundamentales y en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. Para ello, la estructura normativa del proceso administrativo podrá utilizar como herramienta la distinción entre derechos patrimoniales de derechos fundamentales.

La idea de las tutelas procesales diferenciadas y su articulación mediante técnicas orgánicas funcionales o procesales específicas, parte del presupuesto de la inexistencia de la neutralidad del proceso respecto del derecho material que se pretende tutelar en juicio. A partir de allí, el tratamiento formal privilegiado responde a la necesidad de una protección y trato preferencial de ciertos derechos fundamentales reconocidos y garantizados constitucionalmente, en oposición a los derechos patrimoniales.

Roberto Berizonce enseña que “mediante la utilización de las técnicas orgánico-funcionales y procesales se persigue como objetivo central asegurar en concreto la tutela de los derechos de linaje preferencial, fundamentalmente en el escrutinio de la Constitución. Se enfatizan a tales fines, entre otros, los postulados de accesibilidad para todos al sistema judicial, sin trabas ni cortapisas, simplificación de los trámites, aceleración de los tiempos del reconocimiento del

derecho en lapso razonable, búsqueda y prevalencia de la verdad objetiva (“primacía de la realidad”), consagración en fin del Derecho material, cuyo reconocimiento y efectividad no puede frustrarse por razones puramente formales (instrumentalidad y condena del excesivo rigor formal)” .

Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía o regiría en su ausencia y son impuestos por la constitución a las decisiones de la mayoría y al libre mercado. Los derechos sociales –en su condición de derechos fundamentales– consisten en expectativas positivas a las que corresponden obligaciones de prestación. Las garantías primarias son esas obligaciones y las garantías secundarias son las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias.

La respuesta que el Estado debe dar frente a la existencia de personas que sufren carencias económicas y sociales derivadas de una determinada forma de distribución de recursos y bienes, es garantizar mediante acciones positivas y tutelas procesales diferenciadas el ejercicio y efectividad de sus derechos fundamentales. Ahora para considerar la posibilidad de accionar contra el Estado a fin de que éste realice una acción que satisfaga un derecho social reconocido expresamente en una norma constitucional, hay que analizar el carácter normativo de la propia carta magna y la configuración de estos derechos como “derechos subjetivos fundamentales” susceptibles de ejecución judicial.

En la mayoría de las jurisdicciones provinciales la posibilidad de efectivizar derechos humanos fundamentales se encuentra seriamente limitada –y la mayoría de las veces directamente imposibilitada– por la estructuración de una justicia contencioso administrativa vetusta que desconoce el principio de igualdad estructural así como las garantías constitucionales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, en violación de tratados internacionales de protección de Derechos Humanos incorporados a nuestro derecho interno en la reforma constitucional de 1994.

Volviendo a la forma en que se estructura el contenido de este libro, quisiera realizar una presentación breve y esquemática para introducir a los lectores. En la continuidad de esta introducción describiré aquellas cuestiones procedimentales y metodológicas sobre la que se construyó el presente trabajo, intentando mantener el esquema presentado en el proyecto de tesis con las correspondientes actualizaciones y correcciones generadas en el desarrollo de la investigación.

En el capítulo primero abordaré las bases filosóficas y sociológicas desde la que empecé el estudio de las tutelas procesales diferenciadas, considerando que es relevante explicitar mi posicionamiento respecto de la concepción sobre el derecho, en tanto instrumento o herramienta de intervención social y, desde una mirada sociológica, intentar abordar la postura iusfilosófica desde la que realicé la investigación. Allí propongo –al inicio– un acercamiento a la sociología de Pierre Bourdieu para rescatar su construcción teórica, tanto del fenómeno jurídico y su funcionamiento como un “campo social”, como de la relación existente entre el derecho y la política. Luego, ya dentro del propio campo jurídico, me propuse describir muy sintéticamente las posturas propias de la filosofía jurídica, ampliando mínimamente en el rol de los principios jurídicos dentro de nuestro ordenamiento convencional, constitucional y legal. Me detendré en dos principios generales del derecho que estructuran nuestra realidad institucional desde dos posturas ideológicas opuestas; el principio de subsidiariedad y el principio de solidaridad, para encontrar en ellos fundamentos –en contra y a favor– de las tutelas procesales diferenciadas. Continúa el capítulo con una exposición sintética de las teorías de la justicia en la sociología y la filosofía política, culminando con un punto dedicado al rol del Poder Judicial en la teoría de la democracia deliberativa.

En su segundo capítulo la tesis desarrolla el contenido de la idea de igualdad (en tanto puede ser abordada en los siguientes formatos dicotómicos; sustancial o formal, social o jurídica, principio o derecho), intentando comprender en primer lugar sus fundamentos ideológicos y políticos, a partir de la descripción de los modelos de igualdad de posi-

ciones y el de igualdad de oportunidades. Ya dentro del campo jurídico, analizaré descriptivamente la teoría del derecho de Luigi Ferrajoli, en lo que a la igualdad respecta, para luego hacer lo propio con las posturas de dos juristas argentinos que trabajaron la idea de igualdad estructural (Roberto Saba) y la igualdad estructural de oportunidades (Lucas Grosman). Finalmente, repasar las regulaciones positivas en nuestro ordenamiento jurídico que regulan el principio y derecho a la igualdad, con algunas pautas interpretativas dadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto.

El tercero de los capítulos resulta central para este trabajo, ya que ingresa en los antecedentes históricos y normativos que dan fundamento constitucional a las tutelas procesales diferenciadas. Con el eje puesto en la reforma constitucional de 1994 y en la incorporación de las medidas de acción positiva a la carta fundamental a través de los artículos 37 y 75, inc. 23, efectué un estudio de las fuentes originarias de dichos textos (debates de la Convención Constituyente), su posterior tratamiento doctrinario, así como la enunciación de las principales normas –legales y administrativas– que se dictaron en cumplimiento del referido mandato constitucional.

En el cuarto capítulo abordé algunas cuestiones problemáticas respecto de la efectivización judicial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en el ámbito de la Justicia Contencioso Administrativa Federal. Realizaré una breve descripción de su funcionamiento y me detendré en la relación entre la justicia contencioso administrativa y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, a la luz de la jurisprudencia de su órgano jurisdiccional (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Finalmente, el quinto capítulo está dedicado a las tutelas procesales diferenciadas en el proceso contencioso administrativo federal, analizando –en primer lugar– el funcionamiento teórico de las garantías secundaria de los derechos sociales fundamentales y las garantías de la igualdad jurídica, expuestas en el segundo capítulo al trabajar la teoría del derecho de Ferrajoli. Luego intentaré explicar el tipo de control

judicial que se realiza sobre decisiones del poder ejecutivo o del poder legislativo en las que está en juego el principio de igualdad, dando tratamiento al rol que cumplen las llamadas categorías sospechosas en dicha tarea. Con esta contextualización desarrollada, abordaré conceptualmente las tutelas procesales diferenciadas, exponiendo algunos ejemplos, para –finalmente– analizar el régimen legal de las medidas cautelares contra el Estado Nacional aplicable en la Justicia Contencioso Administrativa Federal.

Por último, las conclusiones generales de la presente obra, en la que me propongo rescatar las preguntas y problemas que abrieron el texto, intentando compartir algunas respuestas y explicaciones provisionales que den algún sentido y justificación al presente trabajo de investigación y difusión.

I. Introducción

En esta sección inicial del libro explicitaré mi posicionamiento respecto de la concepción que utilizaré sobre el derecho, en tanto instrumento o herramienta de intervención social –desde una primera mirada sociológica–, para luego abordar la postura ius-filosófica asentando desde la que realicé este documento de investigación y difusión.

Este primer capítulo es la puerta de entrada a este libro y pretende posibilitar el ingreso al edificio del campo jurídico, con una mirada previa de los alrededores del barrio –acompañados por las explicaciones sociológicas de Pierre Bourdieu– para luego recorrer los cimientos y bases –filosófico jurídicas– que dan sustento a los capítulos siguientes.

Ello, en la convicción que el estudio del principio constitucional de igualdad estructural manifestado en las tutelas procesales diferenciadas dentro del proceso administrativo exige una configuración ius-filosófica previa, para luego sí, realizar un análisis dogmático de nuestro ordenamiento jurídico nacional y de las diversas fuentes

internacionales y jurisprudenciales para alcanzar una comprensión cabal de la temática.

Jürgen Habermas explica esta relación entre el derecho público y la filosofía del derecho afirmando que: "...los discursos jurídicos, cualquiera sea su modo de vinculación al derecho vigente, no pueden moverse en un universo cerrado de las reglas jurídicas unívocamente fijadas. Esto es algo que se sigue de la propia estructuración del derecho moderno en reglas y principios. Muchos de estos principio son de naturaleza jurídica y simultáneamente de naturaleza moral, como fácilmente puede verse en el caso del derecho constitucional".¹⁰

Más adelante en esta obra, y posteriormente a repasar superficialmente las ideas centrales del iusnaturalismo y el positivismo jurídico, ingresaré a relevar algunas versiones del post positivismo, en especial aquellas que desarrollan una versión inclusiva de los principios jurídicos positivizados en el ordenamiento jurídico nacional. Esto me permitirá desarrollar dos principios generales del derecho que tienen una relevancia central en este libro: el principio de subsidiariedad y el principio de solidaridad.

Luego haré una breve descripción de las distintas posiciones jurídicas sobre la justicia, relevando también aquellas teorías éticas que fueron desarrolladas por la filosofía política desde las distintas ideologías que piensan la organización de la sociedad, el rol del Estado y de los derechos de la población. Estas distintas miradas, muchas de ellas opuestas entre sí, necesariamente deben dar el marco para realizar un abordaje jurídico de la función que las medidas de acción positivas deben cumplir dentro de los procesos judiciales en los casos contencioso administrativos, en los que se debatan derechos fundamentales en las esferas económicas, sociales, culturales y ambientales.

Finalmente, con la guía de la teoría política de la democracia deliberativa, intentaré reflexionar sobre el rol de los jueces en nuestro actual sistema jurídico, en especial en aquellos supuestos en los que

¹⁰ Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, p.547.

intervienen en revisión de políticas públicas, para contextualizar –teóricamente– la posibilidad que lo hagan en aplicación de tutelas procesales diferenciadas.

II. Un acercamiento a la investigación desde la sociología de Pierre Bourdieu¹¹

La referencia breve que haré respecto de algunos conceptos de la sociología de este autor francés tiene su explicación en que las considero útiles para dar cuenta de las cuestiones más generales que hacen al contexto histórico, social, político e ideológico en el que –necesariamente– quedará inmersa cualquier investigación jurídica, incluyendo –entre ellas– el presente trabajo sobre las tutelas procesales diferenciadas en los juicios contencioso administrativos federales.

1. Algunos conceptos básicos

Existe –por lo general– en nuestras facultades de derecho una fuerza inercial endogámica que nos lleva a mantener nuestro objeto de estudio estático, sin percibir sus transformaciones o cambios, ni reconocer sus vinculaciones con otras realidades sociales. Ejemplo de ello es que, en nuestro país, durante largos períodos de tiempo, en los que no regía el Estado de Derecho, por imposición antidemocrática de gobiernos dictatoriales que se sucedieron desde aquel triste 6 de septiembre de 1930, en nuestras escuelas universitarias de derecho se dictaron materias como *derecho constitucional* o *derecho público provincial*, en momentos en los que la Constitución nacional y cartas magnas locales no estaban vigentes. En igual sentido, al estudiar el derecho administrativo se ex-

¹¹ Estas ideas fueron ya abordadas en Cabral, Pablo Octavio: “La judicialización de la política: propuesta de un abordaje sociológico a un fenómeno político que impacta en el campo jurídico”, Revista Trayectorias Universitarias, UNLP, Volumen 4, Nro. 7, 2018.

plicaba el principio de legalidad y la división de poderes; en derecho penal se desarrollaban las garantías del debido proceso; en el derecho laboral se explicaba el derecho a huelga, a la sindicalización y los principios protectorios del trabajador.

Este comportamiento –que podría ser considerado a priori desconcertante– puede hallar explicación en el concepto de *illusio* propuesto por Bourdieu para entender lo que sucede en el campo jurídico, y que llevó a este pensador a definir a los juristas como *los guardianes de la hipocresía colectiva* y a destacar que existe una vinculación entre la pertenencia a las facultades de derecho y la orientación política hacia posiciones más conservadoras¹².

Resulta entonces necesario proponer un abordaje que permita un distanciamiento del enfoque jurídico tradicional que puso énfasis en el estudio y construcción de un cuerpo de doctrinas y de reglas totalmente independientes –autónomas y universales– de sujeciones y presiones sociales. Un nuevo estudio que observe al derecho, por un lado, desde las relaciones de fuerza específicas que le confieren su estructura y que orientan las luchas de concurrencia y, por otro lugar, reconociendo la lógica interna de las obras jurídicas que delimitan en cada momento el espacio de lo posible, y, por consiguiente, el universo de soluciones propiamente jurídicas.

Para intentar un inicial acercamiento alternativo a estos fenómenos recurriré a las enseñanzas de un teórico de las ciencias sociales, Pierre Bourdieu, quien –desde la sociología– destaca que, si bien la sociedad no se transforma por decreto, tampoco se debe olvidar que ser consciente de las condiciones sociales que determinan la eficacia de los actos jurídicos no debe conducirnos a ignorar o a negar la eficacia propia de la regla, del reglamento o de la ley¹³.

¹² Bourdieu, Pierre: “Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva”. [www.pensamientopenal.com.ar]. 2006.

¹³ Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther: *La Fuerza del Derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2001, p.200.

Importa también decir que mi mirada proviene del propio campo jurídico desde el que desarrollo este trabajo, ya que soy parte del mismo y lo integro, en tanto funcionario judicial, docente universitario de derecho administrativo y ciudadano comprometido con un posicionamiento político respecto la función del derecho y las instituciones constitucionales en mi país y en mi tiempo. Desde aquí escribo.

2. Derecho y política

El derecho, en su carácter instrumental e histórico, tiene por objeto esencial imponer en la sociedad un régimen determinado de ordenación y constituye en sí mismo un conjunto de reglas que fuerzan a un orden dado de la sociedad y sus miembros. El conjunto de reglas jurídicas obligatorias –histórica y geográficamente situadas–, integra un sistema abierto que se relaciona con el sistema institucional, político y social, y lo que el derecho aporta a la sociedad constituye sólo el medio para que se alcance un determinado orden social.

Entiendo que, si bien el derecho no puede reducirse a la política, sí es una actividad marcadamente impregnada de ella y en el caso del derecho público –campo en el que dirime las competencias de los poderes constituidos– esa influencia se encuentra más acentuada y por ello, al estudiar su funcionamiento, no se puede pretender teorizar aisladamente de esta realidad social que condiciona la extensión de su estructura y sus propios límites.

Como ya sostuve antes, la explicación jurídica queda incompleta sin referencia a su inspiración política y económica, ya que una determinada conformación económica, política y social de la comunidad señala las ideas directrices y lineamientos de la organización estatal, operando el derecho como apoyo formal de esas ideas y cumpliendo la función de obtener la observancia de las normas que permitan hacerlas realidad.

La concepción de lo que deben ser el poder judicial y el gobierno, sus estructuras y disposiciones internas, sus funcionamientos en la so-

ciudad y las competencias de sus miembros se deciden también en el espacio socio político y no únicamente dentro del campo jurídico.

El análisis de las tutelas procesales diferenciadas no puede abordarse únicamente desde el aspecto jurídico formal, prescindiendo de las ideas políticas y económicas que influyen en la conformación de las normas e instituciones aplicables, y afirmando la autonomía absoluta de la forma jurídica en relación al mundo social. Una explicación del derecho que prescinda de tales doctrinas políticas y económicas, las que al incorporarse en una sociedad determinada inspiran y modelan su derecho, quedaría incompleta desde un punto de vista vital, porque aparecería como un conjunto sistematizado de normas vacías, aptas para cualquier solución posible.

No obstante, el derecho tiene un funcionamiento interno propio que se interrelaciona con el contexto social e influye, a su vez, sobre las ideas políticas y económicas que se tienen sobre la organización de la sociedad.

Explica Pierre Bourdieu que: “El derecho es la forma por excelencia del discurso activo, capaz, por su propia virtud, de producir efectos. No es exagerado decir que el derecho hace el mundo social, pero con la condición de no olvidar que él es hecho por ese mundo”¹⁴.

Resulta necesario percibir ambos aspectos de la realidad, por un lado, el sistema jurídico, con sus normas, doctrinas, jurisprudencia y teorías y, por el otro, los factores políticos, ideológicos, sociales y económicos que influyeron y fueron influidos por el derecho.

Afirmó Bourdieu que: “Las prácticas y los discursos jurídicos son, en efecto, el producto del funcionamiento de un campo cuya lógica específica está doblemente determinada: por una parte por las relaciones de fuerza específicas que le confieren su estructura y que orientan las luchas de concurrencia o, más precisamente, los conflictos de competencia que tienen lugar en el derecho y, por otra parte, por la lógica

¹⁴ Bourdieu, Pierre: *Poder. Derecho y Clases Sociales*, Ediciones Desclée, Bilbao, 2001, p. 202.

interna de las obras jurídicas que delimitan en cada momento el espacio de lo posible y, por consiguiente, el universo de soluciones propiamente jurídicas [...] La autonomización (del derecho) pasa, no por un reforzamiento del cierre sobre sí mismo de un cuerpo consagrado a la lectura interna de textos sagrados, sino por una intensificación de la confrontación de los textos y los procedimientos con las realidades sociales consideradas para expresarlas y regularlas”¹⁵.

Veamos algunas de las ideas centrales de este sociólogo respecto del derecho para intentar realizar un acercamiento a los fenómenos y problemas descritos como el objeto de nuestro interés: campo, espacio social, capital social, capital económico, capital cultural, capital jurídico, capital simbólico, *habitus*, violencia simbólica, objetivación, *illusio*, efecto simbólico, desconocimiento.

3. Estructura y funcionamiento del campo jurídico

Pierre Bourdieu analiza la sociedad desde una perspectiva estructuralista y constructivista a la vez, superando la oposición entre subjetivismo y objetivismo en la ciencia social.

Así, explica García Inda que: “para superar esa disyuntiva canónica entre la reducción de la historia a un proceso sin sujeto o su sustitución simplista por un sujeto creador, Bourdieu propone tomar como esquema para el análisis social la dialéctica de las estructuras objetivas y las estructuras incorporadas; o más concretamente, la relación dialéctica de las estructuras y los *habitus*”¹⁶.

Este sociólogo francés se propone dejar de lado las manifestaciones del pensamiento dualista que se traduce en pares de conceptos antagónicos, cuyos ejemplos respecto del derecho los encontramos entre las teorías de jurista austríaco Hans Kelsen y el filósofo alemán Karl Marx.

¹⁵ Bourdieu, Pierre: *Poder. Derecho y Clases Sociales*, Ediciones Desclée, Bilbao, 2001, p. 168.

¹⁶ Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther: *La Fuerza del Derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2001, p. 63.

El concepto de *campo social* para Bourdieu refiere a un espacio social específico en el que las relaciones se definen de acuerdo a un tipo especial de poder o capital –también específico– detentado por los agentes que entran en lucha o en competencia. El campo se encuentra determinado por la existencia de un capital común y la lucha por su apropiación.

Para García Inda el *campo social* se entiende, así, como una “construcción analítica mediante la que designar un conjunto específico y sistemático de relaciones sociales; es decir, se trata de una especie de sistema, definible sólo históricamente, que permite trasladar al análisis social la dinámica de relaciones que se desarrollan en la práctica”¹⁷.

Bourdieu identifica diversos campos sociales (económico, cultural, artístico, académico, sociológico, etc.), entre los que se encuentra el *campo jurídico*, pero entre los que se destaca por sus relaciones con el resto de los campos es el *campo de poder*, caracterizado como un “campo de fuerzas definido en su estructura por el estado de la relación de fuerza entre las formas de poder o las diferentes especies de capital”¹⁸.

El concepto de *habitus*, puede resultar claro de la lectura de la explicación que el propio Bourdieu nos da: “las estructuras que son constitutivas de un tipo particular de entorno (v.g. las condiciones materiales de existencia de un tipo particular de condición de clase) y que pueden ser asidas empíricamente bajo la forma de regularidades asociadas a un entorno socialmente estructurado, producen *habitus*, sistemas de disposiciones duraderas, estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes, es decir, en tanto que principio de generación y de estructuración de prácticas y representaciones que pueden ser objetivamente reguladas y regulares sin ser en nada el producto de obediencia a reglas, objetivamente adaptadas a su finalidad sin suponer la mirada consciente de los fines y la maestría expresa de

¹⁷ Bourdieu, Pierre: *Poder. Derecho y Clases Sociales*, Ediciones Desclée, Bilbao, 2001, p. 14.

¹⁸ Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther: *La Fuerza del Derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2001, p. 68.

las operaciones necesarias para alcanzarlas y, siendo todo eso, colectivamente orquestadas sin ser el producto de la acción organizadora de un jefe de orquesta”¹⁹.

Como explica Carlos Morales de Setién Ravina, en la teoría en estudio, el concepto de *capital* cumple un rol central: “El capital es la finalidad del juego, del que Bourdieu distingue tres formas propias: capital económico, capital social y capital cultural. Cualquiera de estas formas, como explicaremos, puede adquirir la forma de capital simbólico”²⁰.

El derecho, desde la visión de Bourdieu, debe ser abordado partiendo del rechazo a la alternativa de calificarlo como ideología (Karl Marx) o como ciencia (Hans Kelsen). Propone abandonar la pretensión universalista de los juristas construida sobre una norma fundamental y afirma que el derecho puede estar fundamentado únicamente en la historia y en la sociedad. Sostener que el derecho es una ideología, es perder de vista la lógica y el efecto específicos del derecho y nos impide percibir que, en su coherencia de sistema de leyes, es producto de un prologado trabajo de producción de coherencia, de racionalidad, realizado en un espacio particular que el autor denomina campo jurídico²¹.

Según explica García Inda, para Bourdieu el derecho es el resultado de las luchas que se desarrollan entre agentes especializados, en competencia por el monopolio jurídico, esto es, en concurrencia por el derecho a decir qué es lo que dice el derecho²².

El *campo jurídico* es definido por Bourdieu como un universo social relativamente independiente en relación a las demandas externas, al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima cuyo monopolio pertenece al Estado y que puede servirse del ejercicio de la fuerza física. Es decir, el

¹⁹ Bourdieu, Pierre: *Poder. Derecho y Clases Sociales*, Ediciones Desclée, Bilbao, 2001, p. 30.

²⁰ Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther: *La Fuerza del Derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2001, p. 63.

²¹ Bourdieu, Pierre: “Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva”. [www.pensamientoopenal.com.ar]. 2006.

²² Bourdieu, Pierre: *Poder. Derecho y Clases Sociales*, Ediciones Desclée, Bilbao, 2001, p.

campo jurídico “no es lo que se cree ser, es decir, un universo limpio de toda componenda con los imperativos de la política o de la economía. Pero el hecho de conseguir hacerse reconocer como tal contribuye a producir unos efectos sociales absolutamente reales, y, en primer lugar, sobre aquellos cuya profesión consiste en interpretar las leyes y establecer jurisprudencia”²³.

Así, puede pensarse como una parte del espacio social en la que los distintos agentes pelean por el monopolio para decir qué es el derecho, es el lugar donde abogados, jueces, profesores, funcionarios públicos, personas que ocupan una posición con respecto al campo general del poder y al interior de cuyas profesiones se reproduce también, se lucha, compiten entre sí, para determinar cuál es la autoridad que permite, en última instancia, decir qué es derecho.

El *campo jurídico* se caracteriza por ser un espacio limitado de lucha definido mediante regularidades de conductas y reglas aceptadas y en donde la distribución de la fuerza es desigual. Presenta momentos de crisis coyunturales donde las reglas que hasta ese momento venían regulando el juego se cuestionan²⁴. Dentro de este campo, el capital cultural que juega un importante rol es el capital jurídico, que – según Bourdieu: “se encuentra reforzado por el capital social que está en manos de los juristas por la posición relativa del campo jurídico al interior de la sociedad, pero también porque los participantes en el campo jurídico tienen, en muchas ocasiones, capital social proveniente de la correspondencia entre sus posiciones en el campo jurídico y las posiciones que ocupan en el campo social. Ese capital jurídico toma la forma de capital simbólico en muchas ocasiones: el capital simbólico se crea cuando una forma de capital se reconoce mediante categorías de

²³ Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther: *La Fuerza del Derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2001.

²⁴ Fortich, M. P y Moreno, A: “Elementos de la teoría de los campos de Pierre Bourdieu para una aproximación al derecho en América Latina: Consideraciones previas”. Verba Juris 27, Bogotá.

percepción que reconocen su lógica específica o, si se prefiere, como el desconocimiento de su arbitrariedad en su posesión o acumulación²⁵”.

Por último, explicaremos un concepto de *illusio*, central en la formación de los juristas, como actores principales del campo jurídico, obligados para su aceptación en el campo a creer en el juego y conceder al juego que merece ser jugado, que vale la pena.

Explica Bourdieu que: “para conseguir este efecto de legitimación hay que pagar un precio, y los juristas son de algún modo las primeras víctimas de su propia creación jurídica. Tal es el sentido de la *illusio*: sólo hacen creer porque ellos mismos creen. Si contribuyen a la influencia del derecho es porque ellos mismos han caído en la trampa, en particular al final de todo el trabajo de adquisición de la creencia específica en el valor de la cultura jurídica, trabajo que es extraordinariamente importante para comprender el efecto que va a ejercer el derecho no solamente sobre los justiciables sino también sobre quienes ejercen el derecho”²⁶.

La construcción del hábito del jurista implica un arduo trabajo, principalmente desarrollado por las universidades que los forman y extienden sus títulos habilitantes, que además de transmitirle los contenidos del ordenamiento jurídico, también inciden en la adquisición de una postura física, corporal, de magistrado, combinación de ascesis, de reserva y de todo un conjunto de virtudes que son la materialización en disposiciones corporales de leyes fundamentales del campo jurídico como espacio autónomo de las constricciones externas. Ello llevo a Bourdieu a afirmar que los juristas, son los *guardianes de la hipocresía colectiva*²⁷.

Así, el abordaje del fenómeno en análisis presupone estudiar descriptiva y analíticamente la relación existente entre las diversas teorías éticas sobre la justicia, enmarcadas en las correspondientes corrientes

²⁵ Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther: *La Fuerza del Derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2001. Ver también Chihu A; “La teoría de los campos en Pierre Bourdieu”. Revista Polis, México, 1998, UNAM.

²⁶ Bourdieu, Pierre: “Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva”. [www.pensamientopenal.com.ar]. 2006.

²⁷ Bourdieu, Pierre: “Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva”. [www.pensamientopenal.com.ar]. 2006.

ideológicas, políticas y filosóficas –campo político– y su vinculación con la construcción del derecho-campo jurídico–.

Parto para ello de la afirmación teórica que sostiene que ambas cuestiones se desarrollan en diferentes campos, el ideológico/político y el jurídico pretendiendo indagar en tales relaciones y en las que se entablan con el campo de poder y que llevan a materializar determinadas políticas económicas, sociales e institucionales.

El derecho público, parte integrante del *campo jurídico*, se construye a partir de una mirada ideológica sobre las relaciones entre los individuos y el poder público, en el que se desequilibran derechos y potestades conformando un sistema llamado Estado de Derecho. Esta regulación normativa (constitucional, legal y reglamentaria), así como la construcción doctrinaria y jurisprudencial realizada en su entorno, aplican y enmarcan criterios de distribución de bienes comunes –públicos y privados– entre los ciudadanos a partir de la regulación estatal de los distintos mercados, poniendo en juego estándares de justicia distributiva.

No obstante, existe un ocultamiento de esta relación entre ideología política y el campo jurídico ya que los agentes que actúan a su interior lo hacen –con el convencimiento que se les exige para pertenecer al campo jurídico– bajo el presupuesto de obedecer a verdades y valores trascendentes y universales (racionalistas o religiosas), alejados de las componendas políticas y de los intereses económicos.

Es preciso aquí incorporar la herramienta conceptual llamada *efecto de desconocimiento*, entendido como el conjunto de mecanismos, de prácticas que se dan al interior del campo y que legitiman la forma de capital jurídico que se posee de manera arbitraria. Es la imposición del capital jurídico mediante la negación, ocultación y dominación. Como afirma Bourdieu “Los efectos ideológicos más seguros son aquellos que, para ejercerse, no tienen necesidad de palabras, sino del *laissez-faire* y del silencio cómplice”²⁸

²⁸ Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther: *La Fuerza del Derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2001. Ver también Chihu A; “La teoría de los campos en Pierre Bourdieu”. Revista Polis, México, 1998, UNAM.

En el interior del campo jurídico, al igual que en un campo de batalla, se desatan conflictos y competencias por las que los participantes pelean por establecer el monopolio sobre el tipo de capital efectivo dentro del campo y el poder para decretar la jerarquía entre todas las formas de autoridad en el campo de poder.

Así, como explica Diego Eduardo López Medina: “En el campo jurídico se enfrentan permanentemente concepciones sobre la forma de entender el derecho –praxis o teoría– y sobre cuáles deben ser los principios que deben regir el derecho en su conjunto, los del derecho privado, que se pretenden vinculados a la realidad social y a la economía, o los del derecho público, ordenados en una pretendida evolución de la sociedad hacia mayores niveles de justicia social”²⁹

En tal marco de contextualización histórica, comparto algunas preguntas que me acompañarán en el desarrollo de ésta obra, y posiblemente no encuentren respuestas; ¿Cuál es la relación entre el neoliberalismo –forma del capitalismo ubicado en el campo ideológico político– y los diversos órdenes normativos constituyentes del campo jurídico en el período en estudio? ¿Puede la postura monopólica triunfante al interior del campo jurídico ser derivada de modo consistente de una forma histórica de constitución del campo político? ¿Qué clase de vínculos puede establecerse entre ambos campos? ¿Cómo repercuten las teorías jurídicas en la configuración económica política de la sociedad?

Sostiene Bourdieu que: “hace falta tener en cuenta el conjunto de relaciones objetivas entre el campo jurídico, ligado a relaciones complejas y que obedecen a una lógica relativamente autónoma, y campo del poder, y, a través de él, con el campo social en su conjunto. Es al interior de este universo de relaciones que se definen los medios, los fines y los efectos específicos que le son asignados a la acción jurídica”³⁰.

²⁹ Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther: *La Fuerza del Derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2001, p. 203.

³⁰ Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther: *La Fuerza del Derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2001, p. 203.

Estas ideas servirán de guía contextual para pensar y reflexionar sobre la estructura y funcionamiento del derecho en nuestra sociedad, en general, y desde este contexto ingresar al análisis del campo jurídico, en especial a la porción asignada al derecho administrativo o público, para revelar el modelo ideológico sobre el que se construyó –y reconstruye constantemente– y en donde la igualdad estructural reflejada en las tutelas procesales diferenciadas pueden tener un rol estratégico en la lucha por las garantías y efectividad de los derechos fundamentales de las personas que integran grupos vulnerables.

III. Teorías Filosóficas del Derecho.

Un posicionamiento básico

1. Introducción

En este apartado del primer capítulo voy a repasar sucintamente las posturas clásicas y más actuales que desde la filosofía jurídica se construyeron para describir e interpretar al fenómeno del derecho, para –a partir de allí– intentar exponer desde cuál de las posturas se abordará este trabajo. Soy consciente de la complejidad de abordar la vastedad de la filosofía del derecho en breves páginas y del riesgo de entender que esta investigación tiene una finalidad propia de una reflexión más profunda respecto de estas temáticas fundamentales de la teoría jurídica. No es ese el objetivo, sino simplemente identificar desde que mirada *ius* filosófica realizaré esta investigación, o más específicamente, desde cuales no lo haré.³¹

La complejidad de esta tarea –en principio, aparentemente descriptiva– es advertida por Diego Duquelsky Gómez; “...No es fácil rotular

³¹ Cárcova, Carlos María, “Jusnaturalismo vs. Positivismo jurídico: Un debate superado”, Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, N° 39, Marzo de 1996.

a estos autores en términos *positivos* y mucho menos con las *etiquetas* tradicionales. Es frecuente escuchar a los *viejos positivistas* afirmando cosas tales como que “Nino se volvió iusnaturalista”, cuando él se definía a sí mismo como *positivista metodológico*. Ferrajoli, por su parte, se auto proclama *positivista crítico* y muchos iusnaturalistas declarados se muestran admiradores de Alexy o Dworkin.”³²

2. *Iusnaturalismo*³³

El iusnaturalismo es una postura jurídica filosófica que sostiene que el origen de los derechos no reside en la ley positiva, sino que parte de la naturaleza propia del ser humano, una naturaleza que es superior y precedente a cualquier ley positiva. Una definición clásica de iusnaturalismo es la siguiente: el derecho natural es aquel que la naturaleza da a los seres humanos por el simple hecho de serlo. Existe en dos versiones, una racionalista y otra fundada en tradiciones religiosas, en la que los derechos naturales son una de las características con las que Dios dota a los seres humanos³⁴.

Como explica Agustín Squella; “El derecho natural encuentra su causa en la naturaleza y porque la naturaleza es la misma entre todos los hombres, las normas de este derecho natural poseen similar fuerza y virtud en todas partes...El contenido de las normas de derecho

³² Duquelsky Gómez, Diego, “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018) ISSN: 0214-8676 pp. 193-209.

³³ Lamas, Félix Adolfo y otros, *Los principios y el derecho natural en la metodología de las ciencias prácticas*, Editorial EDUCA, Buenos Aires, 2002.

³⁴ Benedicto XVI. Mensaje con motivo de la Jornada Mundial de la Paz, 1-1-2007, dijo: “Sólo si están arraigados en bases objetivas de la naturaleza que el Creador ha dado al hombre, los derechos que se le han atribuido pueden ser afirmados sin temor de ser desmentidos (...) Por tanto, es importante que los organismos internacionales no pierdan de vista el fundamento natural de los derechos del hombre. Eso los pondría a salvo del riesgo, por desgracia siempre al acecho, de ir cayendo hacia una interpretación meramente positivista de los mismos.”

natural, por lo mismo, no es discurrido por el hombre, sino que proviene directamente de la naturaleza.”³⁵

3. *Iuspositivismo*

La postura iuspositivista afirma que sólo es derecho aquello que está escrito en un ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la única fuente del derecho, el único origen de la norma, se fundamenta en el hecho de que está por escrito y vigente en un país, en un determinado momento histórico. Es lo que se conoce como la ley positiva.

Albert Calsamiglia explica que; “La teoría positivista del derecho sostiene básicamente que el único objeto de la ciencia del derecho es el derecho dictado por los hombres y que, además, la teoría posee los métodos adecuado para determinar qué es lo que establece el derecho. El enfoque positivista clásico kelseniano defendía el positivismo metodológico según el cual el único objeto de la ciencia del derecho es el derecho positivo. El positivismo conceptual se asocia con dos tesis importantes. En primer lugar, la defensa de la teoría de las fuentes sociales del derecho y, en segundo lugar, la tesis de la separación entre el derecho, la moral y la política.”³⁶

4. *Teorías jurídicas Post Positivistas*³⁷

El post positivismo puede incluir a toda teoría que ataque las dos tesis más importantes del positivismo conceptual: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la no conexión necesaria entre el derecho y la moral.

Calsamiglia explica que; “Otra manera de entender este debate postpositivista consistiría enfocar la crítica de las dos tesis precedentes– la

³⁵ Squella, Agustín; “Derecho Natural y Equidad”, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Derecho Comparado, N°2, Abeledo Perrot, 1982, p. 261.

³⁶ Calsamiglia, Albert, “Postpositivismo”.

³⁷ Cárcova, Carlos María, *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

tesis de las fuentes y la separación entre derecho y moral– dependiente de una tercera tesis fuerte que mantendría que en los casos difíciles el juez actúa discrecionalmente. El principal ataque de los postpositivistas tiene como objetivo la tesis positivista de la discreción judicial, y, para atacarla, se ven obligados a poner en cuestión tanto la tesis de las fuentes sociales del derecho como la tesis de la separación entre el derecho y la moral.”³⁸

Dentro de las miradas que surgieron en la filosofía jurídica con la pretensión de superar el positivismo, sin regresar al iusnaturalismo, quiero destacar el llamado *positivismo incluyente* por entender que es una visión superadora que permite argumentar estratégicamente en pos de la aplicación de principios jurídicos incorporados en la reforma constitucional de 1994 a los procesos contencioso administrativos. Así, podré fundar justificadamente la intervención estatal para proteger y garantizar la efectividad en el goce de los derechos fundamentales en personas que integran grupos vulnerados en las instancias judiciales en las que se ventilan estas cuestiones frente al Estado.

Explica Duquelsky Gómez que el positivismo incluyente tiene como rasgo central el intento de hacer compatibles los principios jurídicos y la incorporación de valores al derecho con el positivismo jurídico. Creo que este sustento teórico da cuenta de las razones por las que utilizaremos algunos principios de nuestro ordenamiento jurídico –solidaridad, igualdad estructural, razonabilidad, progresividad, entre otros– para fundamentar la existencia de las tutelas procesales diferenciadas.

5. Teorías críticas del derecho³⁹

Como lo vengo exponiendo, el lugar desde el que abordo la presente obra no encuentra sus fundamentos ni en el iusnaturalismo ni en el iuspositivismo y puede ser ubicado en cercanías de las llamadas teo-

³⁸ Calsamiglia, Albert, “Postpositivismo”.

³⁹ Marí, Enrique y otros, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.

rías críticas del derecho, siguiendo las enseñanzas del profesor platen-
se Alejandro Medici⁴⁰.

Estas posturas nacen a partir de reconocer un malestar de la cultura jurídica contemporánea. Esta incomodidad con las desiguales estructuras sociales y sus correlativas construcciones teóricas del derecho, originaron prácticas jurídicas críticas o alternativas, tal como ellas mismas se han denominado. Movimientos y corrientes de juristas que tienen su origen en el activismo judicial, la abogacía popular, la academia y la educación jurídica han reaccionado frente a los síntomas del malestar: *Uso Alternativo del Diritto*, *Critical Legal Studies*, *Direito Alternativo*, Teoría Crítica del Derecho, Crítica Jurídica, son algunos de los nombres de estas tendencias que expresan el malestar de la cultura jurídica contemporánea⁴¹.

A partir del ciclo de movilización que se inicia desde fines de los años 60 en Estados Unidos y Europa, y en especial de la transición democrática española y las transiciones en Argentina y Brasil, se generan las condiciones históricas, diversas pero conmensurables, de emergencia de estas corrientes.

En Europa, el uso alternativo del derecho, es marcado por el ciclo de movilizaciones sociales que tienen como emblema el Mayo Francés, las luchas obreras y sus secuelas que acompañaron todo el primer lustro de los años 70. En Italia, en particular, se registra el desnivel entre la Constitución socialmente avanzada de 1947 y la pervivencia de prácticas jurídicas que se apoyan en la legalidad fascista remanente o de corte

⁴⁰ El profesor de Derecho Político y Derecho Constitucional Alejandro Medici es el actual director del Centro de Investigación en Derecho Crítico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, y es quién, con generosidad, me ha conducido académicamente en mi acercamiento al maravilloso mundo del derecho crítico.

⁴¹ Este desarrollo tiene por base el Proyecto de Creación del Centro de Investigación en Derecho Crítico –CIDERCRIT–, autoría de Medici, Alejandro, Cabral, Pablo Octavio, entre otros. Consultar en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/71349>. Medici, Alejandro: *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*, EDULP, La Plata, 2011.

liberal, contradictorias con los principios constitucionales. En España, la recepción de estas corrientes jurídicas críticas se realiza al calor de las necesidades de políticas del derecho democráticas e igualitarias, que sirvieran para desmontar la legalidad del régimen franquista que golpeaba sobre la transición como una pesada hipoteca.⁴²

En los Estados Unidos de Norteamérica, el movimiento *critical legal studies* surge a principios de los 70 como heredero de la tradición de luchas por los derechos civiles de la población afroamericana, del movimiento pacifista contra a la guerra de Vietnam, y como reacción frente al belicismo de la política exterior estadounidense; adquiriendo un carácter fuertemente crítico de los límites de las políticas liberales y polémico frente al prestigio cultural de las academias jurídicas estadounidenses, consideradas como reproductoras del *statu quo*.⁴³

En la Argentina, al principio el desarrollo crítico teórico se produjo en grupos reducidos de cultores de la filosofía del derecho y la epistemología jurídica crítica, que han hecho importantes contribuciones desde la reflexión⁴⁴. Estas posiciones, iniciadas como resistencia –en

⁴² Ampliar en Medici, Alejandro: *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*, EDULP, La Plata, 2011. También ver: Rosillo Martínez, Alejandro y Luévano Bustamante, Guillermo (Coord), *En torno a la crítica del derecho*, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Aguascalientes, San Luis Potosí, 2018.

⁴³ Kennedy, Duncan: *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Siglo XXI Editores. Buenos Aires, 2010.

⁴⁴ Cárcova, Carlos María, *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012. Ver en especial, dentro del capítulo IX (Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho) el punto dedicado a la teoría crítica en Argentina, pags. 119 y sgtes. Se trata del grupo de la Universidad de Buenos Aires que integraban Enrique Marí, Alicia Ruiz, Ricardo Entelman y Carlos Cárcova, acompañados luego por los aportes de una generación intermedia integrada por, entre otros; Christian Courtis, Claudio Martinyuk, Paula Viturro, Diego Duquelvsky Gómez, Enrique del Percio, entre otras y otros. También desde la Teoría Crítica del Estado, los de Beatriz Rajland, Daniel Campione y Mauro Benente. En Rosario, la escuela crítica del derecho fue de alguna forma orientada por Juan Carlos Gardella y osciló desde la crítica marxista a unos estudios interdisciplinarios críticos de derechos humanos vinculados al plano discursivo y semiótico. Esta tendencia, tiene continuidad en distintas cátedras y espacios de la facultad como son las de Sociología Jurídica y Derecho Político con las profesoras Solange Delanoy y Adriana

primer lugar, a la dictadura y luego a los gobiernos neoliberales que se sucedieron en nuestro país– produjo un movimiento activista de protección de derechos humanos, con académicos, abogados críticos, y algunos magistrados, que estaban dispuestos a trasladar la lucha ideológica y política a las instituciones judiciales, aprovechando los resquicios democráticos permitidos por el ordenamiento jurídico.

En un mundo jurídico formal y distante de la experiencia cotidiana de las mayorías sociales que exhibe vastos sectores sociales excluidos, minorías étnicas oprimidas, pobreza, carencia de acceso a la tierra y a la vivienda, carencia de servicios sociales básicos, se produjeron las condiciones que fueron motivo para que el alternativismo y la crítica jurídica germinaran de forma mucho más duradera en algunos países de nuestra región.

Como explica Medici, algunas de estas problemáticas comunes que en sus distintos contextos concitarán la preocupación teórica y el activismo de estas corrientes pueden esbozarse a grandes rasgos, y de forma preliminar, en las siguientes: a) Las distancias entre la narración constitucional y la realidad social, política y jurídica cotidiana. b) Las condiciones de posibilidad adversas para el ejercicio de los derechos declarados para numerosos sectores sociales. c) El carácter opaco y ritualista del derecho y las prácticas jurídicas, que dificulta a los grupos sociales más desfavorecidos, el conocimiento y ejercicio de los derechos y el acceso a la justicia. d) El correspondiente carácter de los juristas de

Mack, la perspectiva garantista ferrajoliana de Oscar Blando en otra de las cátedras de Derecho Político, o con el prometedor grupo de jóvenes docentes y graduados de la Cátedra Libre de Pensamiento Constitucional Latinoamericano coordinado por el Prof. Carlos A. Silva (Derecho Administrativo). En la ciudad de La Plata no existe aún algo así como un grupo consolidado con una visión más o menos compartida de que sea el derecho crítico y la teoría crítica del derecho, pero si han existido y existen trabajos de docentes y de grupos que muestran cierta presencia, destacándose el profesor Alejandro Medici, quien dirige el Centro de Investigación en Derecho Crítico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, donde participan docentes como Daniel Cieza, Carola Bianco, Guillermo Moreno, entre otros. Ampliar en el Proyecto de Creación del Centro de Investigación en Derecho Crítico –CIDERCIT–. Consultar en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/71349>.

estado y/o de mercado, como conformadores de una verdadera “casta” sacerdotal, dotada del monopolio del saber jurídico, ejercido preponderantemente al servicio de los intereses estatales y/o mercantiles, y e) Una teoría del derecho que, desde sus presupuestos idealistas acríticos, sean positivistas o provenientes de alguna variante del iusnaturalismo, proclama la desconexión del derecho de sus contextos sociopolíticos, su cierre, sistematicidad y plenitud hermética. Más aún, la creencia en la objetividad de sus contenidos y en la posibilidad de encontrar siempre procedimientos de adjudicación rectos y apropiados al caso concreto, transformando en realidad bajo esta justificación, al derecho y los juristas, en maleables instrumentos de intereses al servicio de la reproducción del *statu quo*.⁴⁵

Todas estas corrientes tienen en común definirse en contra de una práctica y unas teorías jurídicas dominantes que son consideradas cómplices de una cierta función reproductiva de las relaciones y las situaciones sociales consideradas injustas. Los juristas aparecen entonces, como protagonistas de unas prácticas burocráticas e intelectuales que reproducen un uso tradicional o normalizado del derecho, que consolida las relaciones de fuerzas sociales existentes.

Las notas comunes de estas teorías críticas del derecho, siguiendo al profesor Medici⁴⁶, son las siguientes:

- a) La crítica de las tendencias idealistas dominantes (positivismo, iusnaturalismo) en la formación de los juristas y la búsqueda de poner en crisis la forma de conexión que ellas plantean entre

⁴⁵ Ampliar en Medici, Alejandro: *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*, EDULP, La Plata, 2011. Ver también, es especial, el documento Proyecto de Creación del Centro de Investigación en Derecho Crítico –CIDERCRI–, autoría de Medici, Alejandro, Cabral, Pablo Octavio, entre otros. Consultar en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/71349>.

⁴⁶ También ampliar en Medici, Alejandro: *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*, EDULP, La Plata, 2011. Ver también, es especial, el documento Proyecto de Creación del Centro de Investigación en Derecho Crítico –CIDERCRI–, autoría de Medici, Alejandro, Cabral, Pablo Octavio, entre otros. Consultar en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/71349>.

el derecho y la sociedad. Las corrientes críticas y alternativistas son continuadoras de tendencias de pensamiento jurídico anti-formalista, como el “movimiento del derecho libre”, la “jurisprudencia sociológica”, la “jurisprudencia de intereses”, el “realismo jurídico” en sus vertientes norteamericana y escandinavas, y el “socialismo jurídico” francés y alemán de fines del siglo XIX y principios del XX.

- b) Sostienen la necesidad de replantear la índole de las vinculaciones entre derecho y sociedad, mostrando el carácter histórico, político, relacional y hétero-referente de aquél. En suma, planteando el carácter constitutivamente impuro del derecho. Reubicando el derecho, sin negar su autonomía relativa ni su eficacia específica, dentro de la totalidad social. Y esto, a través de dos vías: una fundamentación que se genera en el pensamiento neo-marxista menos dogmático y que pone énfasis en la autonomía relativa y la eficacia específica de la instancia jurídica de las formaciones sociales capitalistas; y otra basada en la consideración de las prácticas jurídicas en tanto que discursivas, portadoras no sólo de una función deontológica y de una eficacia instrumental referida a las conductas, sino también de una función ideológica y de una eficacia simbólica.
- c) Esta reconexión del derecho con las tramas de relaciones sociales que lo forman, –y a las que al mismo tiempo contribuye a formar–, permite dar un nuevo giro al problema de la indeterminación del derecho. Ésta ya no resultará solamente de la textura abierta del lenguaje jurídico, con sus notas de ambigüedad y vaguedad, sino de las distintas fuerzas sociales con sus intereses y necesidades, con sus valores y preferencias en la regulación, por medio del derecho, de las relaciones sociales. La indeterminación surge ahora por la posibilidad de distintos usos del derecho o de la existencia de alternativas de políticas del derecho. Esta indeterminación radical del derecho, exigirá explicitar cuáles son los intereses sociales a los que sirven los usos posibles del

mismo. Se trata de una indeterminación que va más allá de los procedimientos técnicos por reglas de subsunción formal, interpretación y ponderación, ya que muestra cómo éstas también entrañan opciones éticas y políticas entre principios del derecho alternativos, que revelan el carácter político estratégico de las prácticas jurídicas.

- d) A partir de una perspectiva crítica se defenderán los usos y las políticas del derecho desde las mayorías populares y los grupos discriminados o excluidos. Es decir, una perspectiva *ex parte populi*. Una estrategia de confrontación contra lo que se considera una inercia conservadora por parte de las prácticas jurídicas dominantes. Existe por lo tanto una fuerte conexión entre la acción social colectiva reivindicatoria, el activismo jurídico, la posibilidad de un dinamismo de contenidos dada por la ambigüedad o indeterminación del derecho, en tanto que es terreno de lucha, y su impacto en las prácticas jurídicas. El orden jurídico es visto como una creación humana, y, por lo tanto, imperfecta pero perfectible a través del trabajo proyectivo y crítico de los juristas alternativos para llenar sus lagunas y disolver sus contradicciones entre el nivel constitucional y el legal y administrativo.

Ello requiere un trabajo jurídico con las fuerzas sociales populares, más protegidas, pero también impulsoras potenciales del cambio social. El activismo judicial, los servicios jurídicos populares, la alfabetización jurídica de la población, la educación popular en derechos humanos, más aún la comprensión de la instancia jurídica en el sentido común popular y su traducibilidad o incluso su carácter de derecho alternativo al estatal, la preocupación por los condicionantes sociales del ejercicio de los derechos y por el acceso a la justicia y la incidencia en las agencias públicas que determinan las políticas del derecho; son todas preocupaciones compartidas por las perspectivas críticas o alternativas⁴⁷.

⁴⁷ Sánchez Rubio, D: *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Desclée de Brouwer. Bilbao, 1999; *Encantos y desencantos de los derechos humanos. De emancipaciones, liberaciones y dominaciones*. Icaria. Barcelona, 2011. Medici, Alejandro: *La otra*

Para finalizar el punto, comparto la idea de Duquelsky Gómez, según la cual, en nuestro país, activismo y garantismo son las dos caras de un mismo modelo de juez comprometido con los derechos fundamentales y es posible construir un modelo de activismo judicial garantista como práctica emancipatoria⁴⁸.

En sus palabras: “Por si no queda clara la expresión, la idea de un «activismo garantista» pretende señalar que es posible que los jueces adopten una actitud creativa, antiformalista y comprometida con la efectivización de los derechos fundamentales sin que ello implique la vulneración de garantías constitucionales. Esto no implica en modo alguno pensar que van a ser los jueces quienes lideren el camino para el logro de una sociedad más libre e igualitaria, donde se respeten plenamente los derechos fundamentales. Por supuesto que no debemos olvidar el papel profundamente conservador que históricamente han cumplido vastos sectores del poder judicial –anclado en estructuras tendientes a reproducir las formas dominantes de control social–, reforzadas desde el ámbito académico-jurídico, con una visión preponderantemente formalista y acrítica. Se trata de un debate por el sentido común jurídico y político, que pretende no deslegitimar un ámbito y un modo más de «lucha por los derechos» en tiempos de retracción del Estado a manos del mercado.”⁴⁹

Retomando las propuestas prácticas y teóricas del movimiento del uso alternativo del derecho, comparto la estrategia igualitaria de utilizar y consolidar el derecho y los instrumentos jurídicos en una direc-

globalización. Movimientos, redes sociales y cultura de los derechos. De la resistencia a las alternativas. Tesis doctoral. Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2002; *Globalización y teoría de los movimientos sociales.* En: V Congreso Nacional de Sociología Jurídica. Universidad Nacional de La Pampa. Santa Rosa, 2002; *La globalización como trama jerárquica: ¿“Gobernancia sin gobierno” o Hegemonía?* En: Sanchez Rubio, David, Herrera Flores, Joaquín y Salo de Carvalho. *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica.* Lumen Iuris. Río de Janeiro, 2004.

⁴⁸ Duquelsky Gómez, Diego, “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018) ISSN: 0214-8676 pp. 193-209.

⁴⁹ Duquelsky Gómez, Diego, “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018) ISSN: 0214-8676 pp. 193-209.

ción emancipadora, presuponiendo la toma de conciencia de la función política del derecho, de su interdependencia con las relaciones sociales, económicas y políticas y su idoneidad como factor de cambio social.

Las tutelas procesales diferenciadas, en tanto reflejo del principio constitucional de igualdad estructural, deben ser pensadas como una estrategia emancipatoria en manos de activistas, académicos, abogados, funcionarios y jueces comprometidos con el cumplimiento de las garantías constitucionales y la efectiva protección de los derechos humanos básicos, en especial respecto de las personas que integran los grupos más vulnerables de nuestra desigual sociedad.⁵⁰

⁵⁰ Ver también, Trionfetti, Víctor Rodolfo, "El Juez Poscolonial", RC D 423/2016.

Principios e ideología del derecho administrativo argentino

I. Ideología y derecho

Siguiendo a Freedman podemos adelantar que las ideologías son formas respetables e insustituibles de pensamiento político, y constituyen “una organización estructural de amplia pretensión que atribuye significados despolemizados a una serie de conceptos políticos que se definen entre sí mutuamente...las ideologías compiten entre sí por el control del lenguaje político así como por los planes relacionados con las políticas públicas; de hecho su competición por los planes para políticas públicas se desenvuelve en primer término a través de la competición que hacen por el lenguaje político.”⁵¹

El ordenamiento jurídico positivo

Ver la idea política de igualdad p 52

Ver Christian Courtis

51

II. Los principios jurídicos y las Teoría de la Argumentación Jurídica

En las últimas décadas en nuestra región, los textos constitucionales dejaron de ser un instrumento de organización instrumental del poder –mediante la asignación de competencias ejecutivas, legislativas o judiciales– transformándose en el vehículo por el que valores y principios se incorporan a los sistemas jurídicos.

Este fenómeno genera problemas de legitimación en el propio sistema y nos obliga a repensar el modo en que el poder judicial interpreta creativamente el ordenamiento jurídico. Explica Duquelsky Gómez que; “la incorporación de principios altera la concepción positivista tradicional de que el derecho es simplemente un conjunto o un sistema de normas. En ese sentido es ilustrativa la ya clásica crítica de Dworkin a la teoría de las reglas de Hart. El eje de su propuesta consiste en señalar que, a diferencia de lo que sostiene el positivismo, el derecho no está integrado solo por normas sino también por directrices y principios. Ahora bien, la crisis del legalismo normativista y el surgimiento de esta larga lista de teorías *no positivistas* –muchas además constitutivas o al menos íntimamente ligadas al llamado *neoconstitucionalismo*–, han generado una doble preocupación: en un sentido, que, ante la falta de límites derivada de la vaguedad propia de la incorporación de principios, y la consecuente ampliación del poder de los jueces, se pongan en riesgo garantías constitucionales de los ciudadanos. En otra línea, que el mayor poder asumido por los jueces derive en un detrimento de la voluntad popular expresada a través de la representación legislativa.”⁵² Algunas de estas objeciones desde posturas democráticas deliberativas serán analizadas en el último punto del presente capítulo.

En la definición del concepto de los *principios jurídicos* –como vimos– se mezclan diferentes corrientes filosóficas del derecho, así como

⁵² Duquelsky Gómez, Diego, “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018) ISSN: 0214-8676 pp. 193-209.

regulaciones normativas y posiciones doctrinarias encontradas. La primera distinción que haremos es entre los principios generales del derecho y aquellos principios jurídicos de una rama específica de la ciencia jurídica como los principios del derecho constitucional o los principios del derecho administrativo. En este punto no nos referiremos a los principios específicos de un área jurídica en particular, sino de aquellas directrices que se aplican a la totalidad del derecho.

La clásica definición positivista de los principios generales del derecho expuesta por Carnelutti dice que éstos no son algo que exista fuera sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas, agregando gráficamente que se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino: son el espíritu o esencia de la ley⁵³.

Así, los principios se obtienen inductivamente del análisis de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Se parte de las normas individuales que integran el sistema jurídico y se obtiene un principio superior o general que orienta el derecho positivo particular.

Desde una postura crítica del iuspositivismo, Ronald Dworkin define los principios como estándares que han de ser observados porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Aquí los principios son previos o anteriores al ordenamiento jurídico positivo y constituyen verdades supremas del derecho nacidas de la lógica y la ética y que por ser racionales y humanas son universales⁵⁴.

Eduardo García de Enterría describió a los principios generales del derecho como una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el sustrato mismo del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica⁵⁵.

⁵³ Carnelutti, Francesco, *Sistema di Diritto Processuale Civile, I. Funzione e composizione del processo*, 1936, Padova, p. 120.

⁵⁴ Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012.

⁵⁵ García de Enterría, Eduardo, "La lucha contra las inmunidades del poder", 1983, Ed. Civitas, Madrid, p. 42 y ss.

Buscando una delimitación del concepto seguiremos un trabajo de Genaro Carrió donde destaca los diversos significados que en los ámbitos jurídicos se le otorga a la palabra principios, vinculándolo; 1) Con las ideas de “propiedad fundamental”, “núcleo básico”, “característica central”; 2) Con las ideas de regla, guía, orientación o indicación generales; 3) Con las ideas de “fuente generadora”, “causa” u “origen”; 4) Con las ideas de “finalidad”, “objetivo”, “propósito” o “meta”; 5) Con las ideas de “premisa”, “inalterable punto de partida para el razonamiento”, “axioma”, “verdad teórica postulada como evidente”, “esencia”, “propiedad definitoria”; 6) Con las ideas de “regla práctica de contenido evidente”, “verdad ética incuestionable”; 7) Con las ideas de “máxima”, “aforismo”, “proverbio”, “pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición”⁵⁶.

El concepto de principios jurídicos que utilizaremos aquí, siguiendo a este autor, no coincide con las diversas ideas antes expuestas, sino que presenta las siguientes características: 1) Son pautas de segundo grado, ya que presuponen la existencia de otras reglas y se refieren a ellas. 2) Están orientadas a quienes se encuentran en posición de justificar decisiones con base en normas de primer grado. 3) Disponen pautas referidas a cómo y cuándo deben aplicarse las reglas sobre las que versan, qué alcance darles, cómo combinarlas, etc. Asimismo, en determinados casos completan las llamadas “lagunas del derecho”. 4) Tienen un cierto grado de neutralidad tópica, o de relativa indiferencia de contenido, ya que trasponen los límites de distintos campos de regulación jurídica. 5) Los llamados principios generales del derecho integran nuestro ordenamiento jurídico, y disposiciones positivas expresas se refieren a su aplicación a la hora de resolver una cuestión litigiosa por parte de un juez.

⁵⁶ Carrió, Genaro R., “Notas sobre Derecho y lenguaje”, edición corregida y aumentada, 1994, Ed. Abeledo-Perrot, p. 209.

La función de los principios de derecho se puede sintetizar en las siguientes tres misiones: i) Informadora: Los principios se dirigen al legislador, quien los debe considerar al momento de legislar, actuando como fundamento del ordenamiento jurídico; ii) Normativa: Sirven para llenar los vacíos legislativos actuando en forma supletoria en caso de ausencia de norma; por ello se afirma que los principios son medios de integrar el derecho; iii) Interpretadora: Esta función es trascendente para la interpretación realizada por los jueces, quienes se deben orientar, al momento de fallar, por estos principios del ordenamiento jurídico.

Estas miradas clásicas sobre los principios generales del derecho adquieren una especial relevancia a partir de la instalación de las teorías pos positivistas y la aparición de las visiones neo constitucionalistas que desembarcaron en nuestro ordenamiento jurídico vigente, a través de la reforma constitucional de 1994 –principalmente a través de la incorporación de tratados internacionales de protección de derechos humanos– y –luego de ello– en el proceso de constitucionalización del derecho privado.

Así, el nuevo Código Civil y Comercial argentino –que vino a reemplazar la obra de Vélez Sarfield⁵⁷– realiza una modificación estructural de la forma en que se construye y desarrolla el fenómeno jurídico en nuestra nación, ya que dispone la interpretación y aplicación de las normas a partir y desde los principios y valores jurídicos de una forma coherente con el ordenamiento (arts. 1º a 3º, ley 26.994).

⁵⁷ El Código Civil de Vélez Sarfield, en su art. 15 imponía a los jueces la obligación de fallar o resolver los casos que les son planteados por las partes. Decía esta norma que “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. El art. 16 del mismo texto establecía una pauta de interpretación de las cuestiones civiles que se ha extendido a la totalidad del ordenamiento: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. En autos “Petrucelli, F. y otro v. Municipalidad de la Capital” resolvió la Corte Suprema de la Nación que la regla de interpretación prevista en el art. 16 excede los límites del Derecho Privado para proyectarse como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno (Corte Sup., fallo del 13/6/1989, publicado en JA 1990-II-93).

En palabras de Amos Grajales: “Por ello el cambio no es de aquellos que puedan entenderse como intra sistémicos, sino que claramente modifican las bases sobre las que se sostiene el propio sistema. O, mejor dicho, cambia lo que entendemos que resulta ser ese sistema mismo. Lo que hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial se entendía por derecho, lo que hasta ese momento se entendía cuál era la función del juez, mutó. Lo que antes era subsunción hoy es, además y principalmente, ponderación; lo que antes era subsidiario, hoy es lo primordial. Todo ello con un solo artículo del Código de apenas cuatro renglones (art. 2º del Código). Los jueces ya no podrán ser la boca inanimada de la ley.”⁵⁸

En efecto, el artículo 2 de código civil y Comercial de la Nación establece: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.” En el siguiente artículo dispone el nuevo código: “Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.”

En el actual sistema jurídico argentino los jueces adquieren una centralidad, no solo en la interpretación del derecho, sino en la construcción de nuestro ordenamiento convencional, constitucional y legal. Siguiendo a Grajales; “El sentido de la norma ya no será descubierto en elementos propios de la norma o en las palabras que el legislador hubiera podido dejar a la posterioridad en la exposición de motivos de las leyes o en otros textos contemporáneos a ella. Poco importa ya lo que ha querido decir el legislador sino intentar otorgar un significado de las palabras de la norma que sea compatible con los principios y valores de la comunidad y con los tratados de derechos humanos suscriptos por el país. Es importante reiterarlo, el art. 2º del Código es un salto a la dis-

⁵⁸ Grajales, Amos, “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como “la boca de los principios”. De la subsunción a la ponderación”, SJA 2015/07/29-3; JA 2015-III.

crecionalidad y a la creación por parte del juez. Ya no es lo sustancial lo que quiso decir el legislador en la norma, sino saber cuál es la interpretación más acorde a los tratados de derechos humanos, a los principios y a los valores que rodean al juez y a la comunidad (Nino). Si la norma fue creada con anterioridad a un tratado de derechos humanos, poco importa lo que quiso el legislador si ello no es compatible con esas nuevas normas supranacionales.”⁵⁹

En base a dicha transformación del mecanismo de resolución de casos y aplicación del derecho por parte de los jueces adquiere relevancia las llamadas teorías de la argumentación jurídica.

A partir del trabajo del jurista alemán Robert Alexy⁶⁰, cuyas ideas fueron difundidas en Hispanoamérica por el profesor Manuel Atienza⁶¹ –para quién el derecho consiste fundamentalmente en argumentar–, la presencia y peso de las teorías de la argumentación jurídica es innegable en la actualidad del derecho argentino. Según explica Omar Vázquez Sánchez, la teoría de la argumentación jurídica: “ha supuesto una renovada óptica del quehacer jurídico: este nuevo enfoque jurídico, por cierto, difícil de retroceder en los modernos estados constitucionales, nos viene a recordar la importancia de la argumentación en los procesos de creación, interpretación, aplicación, decisión, etc., del Derecho. Es decir, el Derecho en el constitucionalismo es argumentación”⁶². Si bien aquí no procede ni es posible desarrollar todas las implicancias de su impacto en nuestra tarea, sí es mi intención referirme al impacto de esta construcción teórica de la interpretación del derecho nacional.

⁵⁹ Grajales, Amos, “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como “la boca de los principios”. De la subsunción a la ponderación”, SJA 2015/07/29-3; JA 2015-III.

⁶⁰ Alexy, Robert: *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Editorial Palestra, Lima, Perú, 2007.

⁶¹ Atienza, Manuel: *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013.

⁶² Vázquez Sánchez: “De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 12, 2009, pp 99-134.

1. Los principios del Derecho Administrativo Argentino

En los diferentes niveles de la estructura piramidal de nuestro ordenamiento jurídico, como vimos, los principios jurídicos ocupan un lugar relevante a partir de la generalización de las teorías neo-constitucionalistas, el post-positivismo, las teorías de la argumentación jurídica y la modificación del sistema de interpretación judicial del derecho.

En esa línea vertical podemos ubicar a los principios generales del derecho en la cima, por debajo los principios constitucionales (y convencionales) y más cercano a la base piramidal, a los principios de derecho administrativo. Todos ellos interactúan, implicando muchas veces éstos últimas derivaciones de aquellos, constituyendo un entramado complejo en el que resulta difícil establecer diferenciaciones dogmáticas y dibujar líneas de corte por las cuales el principio de legalidad se distingue cuando hace referencia a la teoría general del derecho, cuando es parte de los principios constitucionales (y convencionales) o son derivaciones que se aplican y rigen las relaciones jurídicas de la administración con los ciudadanos.

Esto sucede, como veremos, tanto con el principio de subsidiariedad como con el principio de solidaridad, cuya cristalización podemos ubicar en el texto constitucional, pero que obedece a principios también generales del derecho y se incardinan indiscutiblemente dentro del ordenamiento jurídico administrativo.

El principio de igualdad será abordado – por su transcendencia respecto de la creación constitucional de las medidas de acción positiva – en forma independiente en el próximo capítulo, ya que es relevante para la fundamentación argumentativa de las tutelas procesales diferenciadas.

1.1. El principio de subsidiaridad

El principio de subsidiaridad, para una parte de la doctrina administrativa de nuestro país, resulta la base fundamental de nuestra organización político institucional, limitando y determinando las posibilidades de intervención del Estado en la sociedad civil y el mercado.

Una primera cuestión a analizar se centra en la posición –filosóficamente iusnaturalista, políticamente conservadora y económicamente neoliberal– de los autores que han propuesto y promovido la incorporación del principio de subsidiariedad a nuestro ordenamiento jurídico.

Han sido en primer lugar, los profesores Juan Carlos Cassagne⁶³ y Rodolfo Carlos Barra⁶⁴ –ambos siguiendo a Johannes Messner⁶⁵– y Roberto Dromi⁶⁶, los que desarrollaron con más entusiasmo una construcción teórica para sostener la vigencia de dicho principio en nuestro

⁶³ Cassagne, Juan Carlos; *Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992; *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008; *El Estado Populista*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2017. Recientemente en el artículo; “Sobre el principalismo y el neo constitucionalismo”, publicado en el Diario La Ley del 25 de octubre de 2021, sostuvo: “En el plano de la teoría política, con sus avances y retrocesos, el contenido del Estado de Derecho se ha ensanchado con los aportes provenientes de sucesivas tipologías: Estado Social y Democrático, Estado de Bienestar y, actualmente, Estado Regulador y Garante, que representa la recepción del principio de subsidiariedad (51) en este modelo de Estado que propicia la doctrina europea actual. Desde hace tiempo venimos sustentando esta última concepción bajo el nombre de Estado Subsidiario, cuyas raíces se encuentran en la Doctrina Social de la Iglesia (52), sin perjuicio de la interpretación que se apoya en textos de nuestra Carta Magna, como los artículos 14, 19 y 28 de la CN (53). En esta concepción, el principio de subsidiariedad se erige como regla central de la actuación del Estado, en cuanto permite la plena concreción de los esfuerzos y capacidades de las personas y grupos intermedios de la sociedad, cuyas iniciativas resultan ser las más adecuadas y eficientes para la satisfacción de las necesidades humanas, tanto individuales como colectivas”

⁶⁴ Barra, Carlos Rodolfo, *Principios de derecho administrativo*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980. Dice: “Esta distribución de competencias nos lleva naturalmente a la formulación del principio de subsidiariedad por el cual la competencia del Estado alcanza sólo a aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares –individuos o agrupaciones intermedias– no pueda o no deba desarrollarse”, p.36. Más recientemente del mismo autor;

⁶⁵ Messner, Johannes, *Ética social, política y economía a la luz del derecho natural*, Rialp, Madrid, 1967.

⁶⁶ Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998. Dice: “Subsidiariedad. Otro valor innegable. La sociedad reivindica para sí el intransferible derecho a la iniciativa privada privilegiada, de intervención estatal restringida, que permita el desarrollo social pluralista, con división de competencias, sin monopolios y con servicios públicos prestados desde fuera del Estado por un modelo de administración pública no estatal. Sólo después que el hombre no pueda, que el mercado no acceda, el Estado debe. Antes no”, p33.

país. Estos tres doctrinarios, además de la influencia de sus obras en la academia y la formación de abogados en Argentina, tuvieron una importante participación en la política institucional de la década de los noventa, defendiendo la reforma neoliberal del Estado y cumpliendo importantes roles en las empresas privatizadas⁶⁷, en el proceso de desregulación desde el Poder Ejecutivo Nacional⁶⁸ y en el acompañamiento de estas medidas desde la cúspide del Poder Judicial de la Nación⁶⁹.

Estos autores son parte del pensamiento de la doctrina social de la iglesia y encuentro por ello aplicable una primera crítica que realizan Fernando Atria y otros a esta mirada –desde el iusnaturalismo católico– sobre el principio de subsidiariedad. Dicen: “En la tradición del pensamiento social católico, el principio de subsidiariedad establece que nada debe ser hecho por una organización compleja que pueda ser hecho satisfactoriamente por una organización más simple y pequeña. Pero nótese que nada obliga a identificar organización pequeña con mercado y al Estado como una organización más compleja y

⁶⁷ Juan Carlos Cassagne ocupó distintos roles en las empresas privatizadas en la década del noventa por el gobierno de Carlos Menem. Según la propia página personal del abogado en cuestión: “Completa su experiencia empresarial y profesional el hecho de haber sido socio fundador del Estudio Cárdenas, Cassagne & Asociados en el año 1991, y ha integrado a partir de 1992 el Directorio, como Presidente o Síndico, respectivamente de empresas distribuidoras de gas y de electricidad en el área metropolitana y en el Gran Buenos Aires. Fue Presidente del Directorio (1992-1998) de la Compañía Distribuidora de Gas Natural en Buenos Aires (Metrogas). En 1999 fue designado Presidente del Directorio de Aguas Argentinas S.A. y miembro del Directorio de IDEA (Instituto para el Desarrollo Empresarial de la Argentina). Síndico de Edenor (1992-2001) y de Edesur (2001-2003), habiendo integrado también el Directorio de Telefónica Argentina (2000-2003).”

⁶⁸ Roberto Dromi se desempeñó como [Ministro de Obras y Servicios Públicos](#) de la República Argentina durante la presidencia de [Carlos Menem](#), entre 1989 y 1991, diseñó y llevó adelante la primera etapa del proceso de [privatizaciones](#) –que fue una de las características de la administración Menem– y entre sus acciones se destacó la privatización de la empresa [Aerolíneas Argentinas](#) y de los caminos, mediante el sistema de [peajes](#) privados (fuente wikipedia).

⁶⁹ Rodolfo Carlos Barra fue designado como ministro de la corte Suprema de Justicia de la Nación, durante la presidencia de Carlos Menem, asumiendo el 25 de abril de 1990 y renunciando el 10 de junio de 1996.

grande. Esta identificación es meramente arbitraria. Probablemente, no hay estructura más compleja que un mercado que funcione satisfactoriamente. Además, podría ser fácilmente manipulable, si se interpreta que el principio supone que una empresa chica o una cooperativa, es preferible a una empresa grande, con lo cual se pueden justificar formas de organización del aparato productivo muy diferentes de la actual.⁷⁰

También –ya en tiempos más cercanos– autores como Ignacio de la Riva⁷¹, Néstor Pedro Sagués⁷² y Santiago Castro Videla y Santiago Maqueda Fourcade⁷³ dedicaron en sus trabajos académicos líneas argumentativas en su favor. Destaco, con otra mirada al respecto, el profundo trabajo desarrollado por el Profesor Juan Martín González Moras, en especial su abordaje del principio de subsidiaridad, a partir de su aplicación al ámbito de los servicios públicos de la Unión Europea⁷⁴. En el ámbito de la aplicación de éste principio en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos –en tanto pauta de distribución de competencia entre los Estados nacionales de la región y los órganos del sistema–, Alfonso Santiago desarrolla la relación entre la subsidiaridad y el margen de apreciación nacional⁷⁵.

⁷⁰ Atria, Fernando; Larraín Guillermo; Couso, Javier y Joignant, Alfredo: *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Editorial Debate, Santiago de Chile, p. 152.

⁷¹ De la Riva, Ignacio M: *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004. Este autor propone la idea de un Estado Subsidiario, a partir del desarrollo del principio de subsidiaridad.

⁷² Sagués, Néstor Pedro: “Principio de subsidiaridad y principio de antissubsidiariedad”, *Revista de Derecho Público*, Nros. 39/40, Santiago de Chile, p. 59.

⁷³ Castro Videla, Santiago M y Maqueda Fourcade, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento. Estudio constitucional sobre los controles de precios y la producción*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2015.

⁷⁴ González Moras, Juan Martín, *Los Servicios Públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiaridad*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000. Ver también del mismo autor; *El servicio público como derecho social*, EDULP, La Plata, 2017. Sobre el principio de subsidiaridad en la Unión Europea, me resulta clara la explicación que dan los autores chilenos Atria, Fernando y otros, *El Otro Modelo... Allí dicen:* “

⁷⁵ Santiago, Alfonso, *Principio de subsidiaridad y margen nacional de apreciación. Articulación del sistema interamericano de derechos humanos con los regímenes nacionales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2020.

Carlos Cassagne, antes de la reforma constitucional de 1994, reconoce que el principio de subsidiariedad no se encontraba explícitamente reconocido por el ordenamiento jurídico y por lo tanto era parte de aquellos principios del derecho natural⁷⁶, que son parte o no del derecho vigente, según la postura *ius filosófica* que cada uno adopte. En mi opinión, antes de modificarse nuestra carta magna dicho principio no era derecho vigente en Argentina, más allá que la última dictadura militar –en un contexto institucional de un gobierno de facto y en plena violación de derechos humanos por parte del gobierno– las políticas neoliberales aplicaron el mencionado principio de subsidiariedad.

Luego de la reforma, este autor modifica su postura y sostiene la positivización del principio y explica su contenido y fundamentación normativa de la siguiente forma: “El principio de subsidiariedad que –en su faz pasiva– veda al Estado hacer todo lo que los particulares puedan realizar con su propia iniciativa o industria y que, consecuentemente, también obsta a que el Estado, como comunidad de superior jerarquía, lleve a cabo actividades que puedan cumplir las comunidades menores (provincias) o los llamados cuerpos intermedios, encuentra adecuado sustento en la Constitución Nacional. En efecto, ésta concibe los derechos de ejercer industria o comercio, de enseñar ya aprender, entre otros, como derechos a favor de los particulares y no del Estado (art. 14, CN), el que se encuentra limitado por el principio de legalidad (art. 19) y de razonabilidad (art. 28)”⁷⁷

⁷⁶ Cassagne, Juan Carlos, *Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992: “En nuestro ordenamiento son numerosos los principios del derecho natural que se han incorporado al derecho positivo... Otros, en cambio, provienen estrictamente de la naturaleza de la persona o de las cosas (como el principio de subsidiariedad) y no obstante la conexión lejana que puedan tener con algún principio positivo, se incurre en una generalización creciente o analogía indebida si se los funda en el método de extensión interpretativa de las normas, cuya adopción generalizada afectaría a la seguridad jurídica.”

⁷⁷ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, tomo I, pág. 63.

Este argumento, en mi opinión es errado, pues que la constitución reconozca los derechos individuales como el de enseñar, comerciar o ejercer industria, no implica de ninguna manera que nuestro ordenamiento haya vedado al Estado asumir ese tipo de actividades, aun cuando las estén desarrollando el sector privado.

En primer lugar, porque el Estado tiene expresamente reconocidas sus facultades para determinar sus políticas públicas soberanas y promover el bienestar general, como por ejemplo en materia energética, alimentaria, comunicacional, de transporte, etc. Además del decimónico inciso 18 del actual artículo 75 de la CN⁷⁸ –único al que refiere Cassagne para fundamentar la intervención subsidiaria del Estado⁷⁹– el actual inciso 19 del mismo artículo –incorporado en la reforma constitucional de 1994–, dice que el Congreso de la Nación debe: “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones”. En efecto, contrariamente a lo sostenido por

⁷⁸ Art. 75, inciso 18: “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.”

⁷⁹ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, tomo I. Dice: “Sobre la faz activa del principio de la subsidiaridad (que lleva al Estado a intervenir en caso de insuficiencia o falta de iniciativa privada), la Constitución Nacional carece de prescripciones específicas, si bien podría interpretarse que la cláusula del progreso (art. 75, inc. 18) y el ejercicio de los llamados poderes resultantes o inherentes del órgano legislativo podrían llegar a fundar la inferencia estatal. Pero ello sólo sería posible en caso de insuficiencia de la iniciativa privada y nunca para justificar una intervención estatal progresiva, como ha acontecido entre nosotros.”, p 63.

sus promotores, el principio de subsidiaridad carece de prescripciones específicas dentro de nuestra Constitución, por lo que –según una mirada post positivista incluyente respecto de los principios jurídicos– y no integra nuestro sistema jurídico e institucional.

La segunda observación al planteo en cuestión, tiene que ver con la vinculación positiva de la Administración con el ordenamiento jurídico, y en la que rescato que efectivamente –como afirma el autor de referencia– el principio de legalidad y razonabilidad, sin lugar a dudas obliga jurídicamente al Estado. No coincido con dicha postura doctrinaria en los contenidos de esas obligaciones estatales, pues –desde mi mirada– el derecho positivizado a partir de la última reforma constitucional justamente pone en cabeza del Estado la promoción y desarrollo de las políticas públicas imprescindibles para garantizar los derechos humanos expresamente reconocidos por nuestro país e incorporados al bloque de constitucionalidad.

Quiero compartir aquí la mirada –que comparto– del profesor Jorge Luis Salomoni sobre la interpretación de Cassagne sobre este principio; “La formulación de Cassagne que sostiene el denominado principio rector proveniente del derecho natural, que justifica el grado de intervención del Estado en la economía, esto es, el Estado subsidiario, en contraposición con el denominado Estado social de derecho, puede colisionar, en mi opinión, con el plexo constitucional. Más aún, con la incorporación de la Cláusula del desarrollo humano y económico con justicia social, que el art. 75 inc. 19 obliga al Estado a proveer a todos y cada uno de los miembros de nuestra sociedad. Y además, con la incorporación de los tratados de derechos humanos a dicho ordenamiento, por el cual el Estado ha asumido un sinnúmero de obligaciones, que no consisten solamente en asegurar los derechos en su aspecto negativo, esto es, evitando que se violen los derechos adquiridos por el individuo, sino que constituyen obligaciones de plena actuación positiva, como lo establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el cual los Estados reconocen expresamente esas obligaciones, y por lo tanto, nacen para los individuos y la sociedad, esos

derechos positivos que permiten reclamarlos para hacerlos realidad. El Estado resultante no podría catalogarse como subsidiario o neutral.”⁸⁰

Juan Martín González Moras, al estudiar los antecedentes remotos y más cercanos del principio de subsidiariedad –básicamente en el primer mundo–, desarrolla los aspectos centrales del modelo neoliberal⁸¹ –basado en la obra de Robert Nozick⁸²– en el contexto de la experiencia (des) regulatoria de los servicios públicos en la Unión Europea y en especial de la república italiana. En este marco concreto dicho autor emite la siguiente opinión, con la cual coincido plenamente: “En definitiva, aquello que queda claro es que las teorías neoliberales partirán del supuesto de una teoría de los derechos insostenible a la luz de los desarrollos constituyentes de los derechos humanos, a través de los distintos Pactos internacionales firmados luego de la década de 1940. Teoría de los derechos que, por otra parte, se había ya incorporado a la mayoría de las nuevas constituciones nacionales, propias del constitucionalismo social”⁸³. En esta obra dedicada a los servicios públicos europeos su autor explica el movimiento para la reforma del Estado, el retorno de las concepciones neoliberales que postulan el Estado mínimo –segunda crisis del principio de legalidad– y la posterior incorporación del principio de subsidiariedad al Tratado de Maastricht.

⁸⁰ Salomoni, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 342.

⁸¹ González Moras, Juan Martín, *Los Servicios Públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000. Dice: “...las tres tesis básicas que componen la visión que comúnmente se ha dado en llamar neoliberal, esto es, una tesis moral: vinculada al retorno de la concepción individualista de los derechos del hombre; una política: basada en la defensa de la libre elección de las metas sociales, por parte de la sociedad civil, sin sujeción a pautas orientadoras de ningún tipo, lo cual constituiría una de las principales misiones del mismo Estado”. p.76.

⁸² Nozick, Robert: *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1991. Dijo: “El Estado mínimo es el Estado más extenso que se puede justificar. Cualquier Estado más extenso viola los derechos de las personas.”, p.153.

⁸³ González Moras, Juan Martín, *Los Servicios Públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p.76.

Repasando la historia reciente de nuestra nación, la primera experiencia neoliberal en democracia puso en práctica todas las medidas derivadas del principio de subsidiariedad, reformando el Estado, desmantelando el sector público, privatizando sus empresas, desregulando los mercados, protegiendo los capitales privados nacionales y extranjeros, flexibilizando los derechos laborales, transfiriendo servicios a las esferas locales, etc., etc.⁸⁴. Durante el gobierno de Carlos Menem –mediante la Reforma del Estado⁸⁵– se ejecutaron las políticas que surgen de la mirada neoliberal que el principio político de subsidiariedad tan bien describe. Las posteriores experiencias de la Alianza en la que presidió Fernando De La Rúa y su versión aggiornada durante la presidencia del Ingeniero Mauricio Macri, también recurrieron a la subsidiariedad para fundamentar muchas de sus políticas neoliberales.

Traigo a colación aquí este principio, en primer lugar, porque entiendo que el mismo no se encuentra positivizado en nuestro ordenamiento jurídico, es más, en mi opinión se contrapone con el rol que la Constitución nacional reformada en 1994 le otorga al Estado en cuanto a la satisfacción de los derechos fundamentales de los integrantes del pueblo argentino. Como segunda cuestión, ya mucho más trascendente para esta tesis, cabe decir que el mecanismo legislativo de regulación de tutelas procesales diferenciadas en favor de personas integrantes de grupos vulnerables y en protección de sus derechos humanos, es justamente una construcción jurídico-política que se contradice con el principio de subsidiariedad. La efectivización de los Derechos Humanos fundamentales constituye una herramienta efectiva de disminución del fenómeno de la pobreza y que el grado en la efectivización de los Derechos Sociales se encuentra directamente determinado por la forma de organización económica política de los Estados.

El modelo económico político del Estado Liberal (neoliberal, *laisser-faire*, según la tipología que se utilice) –cobijado en el denominado

⁸⁴ Gordillo, Agustín, *Después de la reforma del Estado*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.

⁸⁵ Leyes 23.696 y 23.697.

principio de subsidiariedad– es incompatible con la efectivización de los Derechos Humanos expresamente reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico positivo. El Estado liberal es a los Derechos Humanos (en especial los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales) lo que el Estado totalitario es a los Derechos Civiles y Políticos.

En este marco hipotético se pueden comparar dos modelos de estados, neoliberal y benefactor, seleccionando un área como educación, salud o vivienda y evaluar las políticas públicas concretas efectuadas a través de medidas legislativas y administrativas, los mecanismos judiciales de efectivización de derechos sociales y los resultados concretos en las áreas sociales en estudio.

El Comité señala que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia. El abanico de modelos económicos con los cuales se podría dar cumplimiento a los derechos sociales es indistinto para el Comité⁸⁶.

⁸⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observación General N° 3: “8. El Comité observa que el compromiso de “adoptar medidas... por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas” ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia. Así pues, en lo que respecta a sistemas políticos y económicos el Pacto es neutral y no cabe describir lealmente sus principios como basados exclusivamente en la necesidad o conveniencia de un sistema socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el *laissez-faire*, o en ningún otro tipo de planteamiento específico. A este respecto, el Comité reafirma que los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos humanos, como se afirma entre otros lugares en el preámbulo del Pacto, se reconozcan y queden reflejados en el sistema de que se trata. El Comité también señala la pertinencia a este respecto de otros derechos humanos, en particular el derecho al desarrollo.”

Cruzando la cordillera, en Chile –país en el que el neoliberalismo aplicó sus recetas desde la dictadura de Pinochet en adelante⁸⁷– autores como Atria y realizaron también una argumentación en la que sostienen que el principio de subsidiariedad fue mal interpretado y aplicado erróneamente. Dicen: “Lo primero que debe ser notado es que la hegemonía bajo la cual vivimos ha llevado a dar a este principio una lectura que es claramente sesgada y en el extremo, errada. En efecto lo que en Chile se denomina principio de subsidiariedad se reduce a una prohibición de acción para el Estado: no puede actuar cuando hay iniciativa privada. Sin embargo, se trata de una lectura parcial y conveniente para el entramado constitucional heredado de la dictadura de un principio que en realidad es más general”⁸⁸

Quiero terminar este acercamiento al principio de subsidiariedad y al modelo neoliberal con las apreciaciones de un administrativista brasileño que reflexiona sobre cuestiones similares a las aquí planteadas. Afirmo Rafael Valim que, a partir de los postulados positivizados como objetivos institucionales en la Constitución de Brasil respecto del desarrollo nacional, la erradicación de la pobreza y reducción de la desigualdad: “Estos compromisos implican para el Estado brasileño un compromiso con la justicia social, antítesis del neoliberalismo. La ilusión liberal de que el Estado no debe intervenir en el desarrollo económico bajo la premisa de que el mercado es el instrumento más eficiente de asignación de recursos y desarrollo de la sociedad, se contrapone a un Estado con marcado protagonismo en la organización de los campos económico y social.”⁸⁹

⁸⁷ Una mirada clásica del derecho administrativo chileno se puede leer en la obra: Soto Kloss, Eduardo: *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996. En especial el punto 3, de su capítulo II, titulado “La función del Estado: el principio de subsidiariedad (una aproximación a sus fundamentos)”, p. 130 y sgtes.

⁸⁸ Atria, Fernando; Larraín Guillermo; Couso, Javier y Joignant, Alfredo: *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Editorial Debate, Santiago de Chile.

⁸⁹ Valim, Rafael: *La Subvención en el Derecho Administrativo*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2017, p. 6.

Más adelante, ya analizando el principio de subsidiariedad al decir: “Si bien algunas voces sustentan una supuesta neutralidad del principio de subsidiariedad, no parece evidente su carácter liberal-individualista, que apela a la primacía de lo económico sobre lo social, colocando al mercado en la cúspide del edificio institucional. De esta primacía resulta, por consiguiente, un modelo de Estado al que muchos denominan Estado subsidiario, diametralmente opuesto al concepto de Estado social propio del Derecho brasileño. En este contexto, forzoso es subrayar que el orden constitucional brasileño no receptó el sentido funcional de principio de subsidiariedad... Como se evidenció líneas atrás, la ideología que informa el texto constitucional es claramente antagónica al contenido del principio de subsidiariedad.”⁹⁰

Por último, el reconocimiento de este principio impacta sin duda en la garantía primaria del Estado de efectivizar a través de sus políticas todos los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Entiendo entonces que, si bien los Estados Partes deben contar con un margen de discreción en la elección de las políticas económicas a los fines de dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en materia de derechos económicos, sociales y ambientales, la adopción de un modelo económico neoliberal basado en el libre mercado y regido por el principio de subsidiariedad, resulta incompatible con el bloque de constitucional, con las obligaciones asumidas internacionalmente y con el concepto mismo de derechos sociales⁹¹.

Volviendo a Atria; “En efecto, cuando un bien se provee a través del mercado, la cuestión de si cada uno podrá obtener lo que quiere es una cuestión privada; cuando la provisión se hace conforme al régimen de

⁹⁰ Valim, Rafael: *La Subvención en el Derecho Administrativo*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2017, p. 15.

⁹¹ Estas conclusiones fueron desarrolladas en el trabajo final del seminario “Seminario Pobreza y Desarrollo en Perspectiva de Derechos Humanos”, a cargo del profesor Javier Surasky, cursado durante la Maestría en Derechos Humanos: Cabral, Pablo Octavio y Gomara, Juan Pablo, “Los derechos económicos, sociales y culturales en contextos de políticas económicas neoliberales.”

lo público, esa provisión satisface un derecho social. La idea de que el Estado no debe participar de una actividad, en particular respecto de la provisión de derechos sociales cuando haya particulares dispuesto a hacerlo con fines de lucro, no es el principio de subsidiariedad, ya que, existiendo un derecho no satisfecho, mal se podría decir que tal principio se aplica. Lo que hay es puro y simple neoliberalismo.”⁹²

1.2. El principio de solidaridad

Habiendo tomado posición respecto de la cuestión relativa a la inclusión del principio de subsidiariedad a nuestro derecho nacional –rechazando tal posibilidad–, corresponde indagar si existe algún otro principio general que pueda ser sustento de las tutelas procesales diferenciadas, en el marco de las medidas de acción positiva.

Además del principio de igualdad –fundamentalmente en su versión estructural–, al que le dedicaré por su trascendencia el siguiente capítulo de esta tesis, quisiera dejar planteado algunos puntos respecto del principio de solidaridad –cuya fundamentación normativa podrá indicarnos si se encuentra positivizado y si es parte de nuestro ordenamiento jurídico–.

Como explica el sociólogo Francois Dubet, la solidaridad resulta ser una condición de la igualdad. En su libro sostiene: “La creencia en la igualdad fundamental de todos es necesaria, pero no basta cuando se trata de la búsqueda activa de la igualdad social, que se funda en lazos y sentimientos de solidaridad, semejanza y fraternidad...no hay combate por la igualdad que no esté profundamente asociado a la afirmación de una fraternidad elemental. Las definiciones simbólicas e imaginarias de la solidaridad generan obligaciones de reciprocidad y reparto necesarias para la búsqueda de la justicia y la igualdad, a la vez que ofrecen recursos subjetivos a los individuos.”⁹³

⁹² Atria, Fernando; Larraín Guillermo; Couso, Javier y Joignant, Alfredo: *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Editorial Debate, Santiago de Chile.

⁹³ Dubet, Francois, *Solidaridad ¿Por qué preferimos la desigualdad?* (Aunque digamos lo contrario), Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2015, p.43.

Por su parte, el constitucionalista chileno Fernando Atria, al estudiar –y poner en crisis desde una mirada ideológica– el carácter jurídico de los derechos sociales, analiza el principio de solidaridad de esta forma: “La idea de solidaridad, expresada comunitariamente en el lema ‘de cada cual, de acuerdo a sus capacidades, a cada cual de acuerdo a sus necesidades’ (que la sociedad comunista inscribiría en sus estandartes después de abolir el derecho burgués es una que enfatiza la obligación comunitaria de atender al bienestar de cada uno de sus miembros. En la correlación derecho deber la prioridad justificatoria se invierte cuando se trata de la idea de solidaridad: la solidaridad no puede ser expresada primariamente en términos de derechos (subjetivos), porque ella: implica la idea de ‘tenderle la mano’ a la otra persona, un elemento de supresión del yo y sacrificio hacia el otro, y el derecho por su misma naturaleza como un medio de adjudicar y el principio de ‘ganar o perder’ viola el momento de autonegación que subyace al encuentro de la solidaridad.”⁹⁴

En nuestro ordenamiento jurídico podemos encontrar fundamentos objetivos respecto de la positivización del principio de solidaridad, a través de un nuevo y complementario principio de igualdad estructural, que obliga al Estado a legislar y promover –y a los ciudadanos a aceptar– tratamientos y políticas especiales para proteger a las personas que integran grupos vulnerables y defender la efectividad de derechos fundamentales básicos.

En la doctrina administrativista es Roberto Dromi –si bien desde una mirada liberal que rehúye a las construcciones colectivas– quien mejor explica esta última afirmación: “La solidaridad como nuevo nombre de la igualdad (art. 16 Constitución Nacional), es la seguridad de los débiles, es el predicado obligado del desarrollo y del progreso individual (humano) e institucional (federal). La solidaridad no es un abstracto, es el socorro tangible y oportuno, es la asistencia fraterna

⁹⁴ Atria, Fernando, “Existen los Derechos Sociales”

personal e institucional, es la responsabilidad del nuevo humanismo, es el camino verdadero de la paz.”⁹⁵

Agrega, en cuanto a la positivización del principio de solidaridad que: “Se explicita la operatividad de la solidaridad a lo largo del texto constitucional a través de la igualdad real con acciones positivas (arts. 37 y 75, inc. 23); la prestación de usos, consumos y servicios públicos (arts. 42 y 43); el presupuesto equitativo y solidario (art. 75, inc. 8 por reenvío al párrafo 3 del inc. 2); la igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional, el grado equivalente de desarrollo y la calidad de vida (art. 75, inc. 2).”⁹⁶

En síntesis, a diferencia del proclamado principio de subsidiariedad, la solidaridad puede ser entendida como integrante de nuestro ordenamiento jurídico como un principio general del derecho, articulando con la versión estructural del principio de igualdad para dar fundamento, a través de las medidas de acción positiva en los procesos judiciales, a las tutelas procesales diferenciadas. De esta forma se constituye en una guía obligatoria para todo el accionar del Estado, derramando su contenido fraternal al conjunto de principios de derecho público que se le aplican, y alzándose como un principio fundamental del derecho administrativo argentino.

No quisiera terminar este punto sin referirme brevemente al *principio constitucional de los derechos fundamentales*, descripto por Balbín, para quien nuestro sistema jurídico se construye sobre dos pilares, por un lado, se funda el concepto de los derechos fundamentales y su exigibilidad (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales) y por el otro en el principio de división de poderes (junto con el principio de legalidad y el de reserva de ley).⁹⁷

⁹⁵ Dromi, Roberto, Ob. Cit., p. 30.

⁹⁶ Dromi, Roberto, Ob. Cit., p. 30.

⁹⁷ Balbín, Carlos F: *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018.

II. Las teorías de la Justicia en la sociología y en la filosofía jurídicas

1. Introducción

En esta parte final del capítulo inicial propongo reflexionar sobre una temática tratada abundantemente por la doctrina jurídica nacional e internacional, desde un ángulo diferente al utilizado anteriormente por ellas por hacer conjugar un área de la filosofía del derecho (teorías éticas de la justicia) con el desarrollo del derecho procesal administrativo argentino durante un determinado espacio temporal.

A partir de un distanciamiento del enfoque jurídico tradicional que puso énfasis en el estudio y construcción de un cuerpo de doctrinas y de reglas totalmente independiente de sujeciones y presiones sociales, pretendo abordar el análisis de mi objeto de estudio observando por un lado las relaciones de fuerza específicas que le confieren su estructura y que orientan las luchas de concurrencia y por otro lugar la lógica interna de las obras jurídicas que delimitan en cada momento el espacio de lo posible, y por consiguiente, el universo de soluciones propiamente jurídicas. La doctrina administrativista no ha vinculado ni analizado la relación entre las diversas formas que pueden tomar el Estado y las correspondientes teorizaciones éticas e ideológicas respecto de la justicia distributiva.

El abordaje de estas cuestiones en el presente punto, no pretende un desarrollo exhaustivo de las diferentes posturas filosóficas e ideológicas respecto de la justicia, sino que simplemente intenta evidenciar la vinculación directa entre tales visiones teóricas y el desarrollo de diversas áreas del derecho administrativo –en particular la referida al control judicial de la administración–, para además enmarcar en aquellas el posterior desarrollo argumentativo que culminará en las tutelas procesales diferenciadas en el proceso contencioso administrativo.

En el área de la filosofía del derecho dedicada al desarrollo de la idea y concepto de la justicia existe una importante producción teórica de

autores (Robert Nozick, Ronald Dworkin, John Rawls, Richard Posner, Wojciech Sadursky, Karl Marx, Jürgen Habermas, Charles Taylor, Michael Sandel, Michael Walzer, Thomas Nagel, Jeremy Waldron, Gerald Cohen, John Elster, Michel Foucault, entre otros) que, enmarcados en determinadas corrientes ideológicas y políticas (Utilitarismo, Libertarismo, Liberalismo, Comunitarismo, Marxismo, Socialismo), han constituido el actual mapa de las diferentes visiones sobre el contenido ético y jurídico del término justicia. Un panorama general de las actuales teorías éticas de la justicia se puede ver en las obras de Tom Campbell (“La justicia. Los principales debates contemporáneos”)⁹⁸, Brian Barry (“Teorías de la Justicia”)⁹⁹ así como en la de Roberto Gargarella (“Las teorías de la justicia después de Rawls”)¹⁰⁰.

En el campo jurídico constituido por el derecho procesal administrativo, tanto desde la doctrina, como desde la jurisprudencia no existe una expresa vinculación entre las teorías éticas de la justicia y la estructuración del derecho público en cuestión. Así, los grandes tratadistas generales del derecho administrativo argentino, como Rafael Bielsa (primer edición de su obra *Derecho Administrativo* data del año 1944), Benjamín Villegas Basavilbaso (su *Tratado de Derecho Administrativo* es de 1941), José Canasi (la primer edición de su *Derecho Administrativo* data de 1971), Manuel María Díez (Su obra *Derecho Administrativo* fue publicada en 1963) y Miguel Marienhoff (Su *Tratado de Derecho Administrativo* es del año 1965), que se desarrollaron y extendieron su influencia en la segunda mitad del siglo pasado no refieren a dichas posturas filosóficas de la justicia por ser anterior o contemporáneas con el nacimiento de las obras de sus principales exponentes. En este primer grupo también incluyo las obras generales de los profesores de derecho administrativo, Francisco Linares y Bartolomé Fiorini.

⁹⁸ Campbell, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2008.

⁹⁹ Barry, Brian: *Teorías de la Justicia*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2001.

¹⁰⁰ Gargarella, Roberto: *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós Estado y Sociedad, Madrid, 2010.

Un segundo grupo destacado de autores que sucedieron a los grandes tratadistas, y cuyas obras exhibieron una relevancia central en los años en estudio (1974-2014), si bien no desarrollaron una vinculación con las teorías de la justicia, sí evidenciaron una postura ideológica más expresa y manifiesta. Ejemplo de ello lo constituyen autores como Agustín Gordillo, Juan Carlos Cassagne, Rodolfo Carlos Barra y José Roberto Dromi, cuya doctrina ha sido durante estos años el contenido impartido en la materia derecho administrativo por universidades públicas y privadas en las que se formaron los profesionales del derecho que hoy actúan dentro del campo jurídico argentino. Estos agentes, titulares de capital cultural y también político, cumplieron funciones públicas de relevancia en las diversas etapas históricas en análisis. Como ya vimos resulta un ejemplo de ello el paso de Rodolfo Barra como Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que José Roberto Dromi ocupara un el cargo de Ministro del Poder Ejecutivo y Juan Carlos Cassagne revistiera como Director de una empresa de Servicios Públicos, entre muchas otras actividades de relevancia política y social.

Una especial referencia corresponde realizar a la tesis doctoral de Rodolfo Carlos Barra, luego publicada bajo el título “Principios de Derecho Administrativo” (1980) quien –desde una postura iusnaturalista– propone la construcción de las bases de la regulación jurídica a partir de la teoría de la justicia de Santo Tomás de Aquino¹⁰¹.

Por último, el último Tratado de Derecho Administrativo publicado en el país en el período en estudio es el del profesor Carlos F. Balbín, quien en el tomo I de su obra general editada en 2011, al desarrollar las bases actuales del Derecho Administrativo, vincula los modelos del Estado Social y Democrático de Derecho y del Estado Neoliberal con la teoría y justificación del Estado. A diferencia de los doctrinarios antes citados, este autor, si bien lo hace en forma general y sin profundizar

¹⁰¹ Barra, Rodolfo Carlos: *Principios de derecho administrativo*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980.

en el tema, destaca la importancia para el derecho administrativo de su enrolamiento en las diversas teorías políticas sobre la justicia.

Afirma que; “No nos proponemos en este contexto explicar las ideas de los autores clásicos... pero sí al menos señalar que actualmente existen distintas corrientes de pensamiento, entre ellas, el liberalismo conservador, el liberalismo igualitario y el comunitarismo y que, según nos enrolemos en unas u otras, la construcción dogmática del Derecho Administrativo es sustancialmente diferente”¹⁰². Describe luego en forma breve el autor las posturas libertarias (Nozick), liberales (Rawls) y comunitaristas. Respecto de las dos primeras sostiene que “Quizás la distinción central entre estas dos corrientes de opinión dentro del liberalismo es el reconocimiento o rechazo de los derechos positivos y el papel del Estado. En este punto de nuestro razonamiento se advierte claramente cómo influyen estas Teorías en el contenido y alcance del desarrollo dogmático del Derecho Administrativo. Respecto de las posturas comunitaristas afirma Balbín: “La discusión es evidentemente mucho más compleja pero el aspecto central –en el marco de nuestro conocimiento– es simplemente reflexionar sobre el vínculo entre la Teoría del Estado, Teoría de la Justicia y el Derecho Administrativo”¹⁰³.

Si bien existen autores que han desarrollado algunos trabajos específicos vinculados con la justicia administrativa (contencioso-administrativa) que pueden revestir relevancia para la presente investigación, las obras trascendentes que dominan el campo jurídico en estudio son, básicamente –y en principio– las arriba mencionadas.

2. Las Teorías Éticas de la Justicia

Un importante antecedente filosófico sobre el concepto de justicia lo encontramos en el Libro V de la obra de Aristóteles “Ética Nicoma-

¹⁰² Balbín, Carlos F: *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo I, p. 37.

¹⁰³ Balbín, Carlos F: *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo I, p. 38.

quea” en el que desarrolla una teoría de la justicia, distinguiendo entre justicia conmutativa y justicia distributiva¹⁰⁴.

Esta distinción es retomada por Santo Tomás de Aquino, quien en la Cuestión 61 (dedicada a las partes de la justicia) de la “Suma Teológica”, explica “la justicia particular se ordena a una persona privada, que en relación con la comunidad es como la parte al todo. Ahora bien: cualquier parte puede ser considerada en una doble relación; una, en la de parte a parte, a la que corresponde el orden de una persona privada a otra, y este orden lo dirige la justicia conmutativa, que consiste en los cambios que mutuamente tienen lugar entre dos personas. La otra relación considerada es la del todo respecto a las partes; y a esta relación se asemeja el orden al que pertenece el aspecto de la comunidad en relación con cada una de las personas; este orden, ciertamente lo distingue la justicia distributiva, que es la que distribuye proporcionalmente los bienes comunes. De ahí que sean dos las especies de justicia: la distributiva y la conmutativa”. Santo Tomás propone un criterio de distribución que tenga en cuenta la preponderancia de la persona en la comunidad, que variará según la forma de organización política de cada sociedad. Dice que “en la justicia distributiva se da algo a una persona privada, en cuanto que lo es propio de la totalidad es debido a la parte; lo cual, ciertamente, será tanto mayor cuanto esta parte tenga mayor relieve en el todo. Por esto, en la justicia distributiva se da a una persona tanto más de los bienes comunes cuanto más preponderancia tiene dicha persona en la comunidad. Esta preponderancia se determina en la comunidad aristocrática por la virtud; en la oligárquica, por las riquezas; en la democrática, por la libertad, y en otras, de otra forma. De ahí que en la justicia distributiva no se determine el medio según la igualdad de cosa a cosa, sino según la proporción de las cosas a las personas, de tal suerte que en la medida que una persona exceda a otra, así también la cosa que se le dé a dicha persona exceda a la que se dé a la otra persona. Y por esto, dice el Filósofo, que tal medio es según

¹⁰⁴ Aristóteles: *Ética nicomaquea*. Losada, Buenos Aires, 2007.

la proporcionalidad geométrica, en la que la igualdad se establece no según la cantidad, sino según la proporción”. En nuestro país, las teorías tomistas de la justicia fueron desarrolladas por Tomás Caseres, en su obra “La Justicia y el Derecho”¹⁰⁵

En el ámbito de la filosofía política se han desarrollado diversas teorías éticas de la Justicia que reflejan opuestas visiones ideológicas sobre la sociedad y la forma de distribución de bienes a su interior.

Como lo explica Campbell en su desarrollo descriptivo de las diversas teorías éticas de la justicia, “detrás de las diferentes perspectivas sobre la justicia que se trazaron más arriba, y más allá de ellas, se ubican ideologías políticas y sociales rivales, diferentes visiones del mundo que combinan compromiso sobre valores básicos con un conjunto de presupuestos respecto de la naturaleza humana y de la sociedad... La justicia adopta distintos ropajes en diferentes ideologías políticas y estas ideologías adoptan la noción de justicia de manera que se adecue con mayor facilidad a su aspecto preferido”¹⁰⁶

Así, siguiendo las clasificaciones de Campbell, Barry y Gargarella, podemos identificar las siguientes corrientes ideológicas que desarrollaron una postura teórica respecto de la justicia: Justicia libertaria (Nozick); Justicia liberal (Rawls Dworkin); Justicia comunitarista (Taylor, Sandel, Walzer, MacIntyre); Justicia marxista (Cohen, Elster, Przeworski, Roemer, Brenner, Van Parijs, Van der Veen, Bardam, Steier, Owles, Wright).

En breve síntesis la ideología libertaria construye su ideal de justicia poniendo en el centro de sus preocupaciones sólo a los derechos individuales (libertad y propiedad) como base irreductible para la organización social, siendo justo que cada individuo obtenga aquello para lo que tiene un título en virtud del ejercicio de dichos derechos.

Explica Campbell que “Para el libertarianismo, la justicia es una estructura normativa dentro de la cual los individuos pueden perseguir

¹⁰⁵ Cáseres, Tomás: *La Justicia y el Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974.

¹⁰⁶ Campbell, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2008, p.18.

sus propios objetivos sin vulnerar los derechos de los demás. Es limitada, precisa y rigurosa. La justicia libertaria tiene más que ver con la libertad que con la igualdad, ya que pese a tener un presupuesto fuerte de igualdad formal por el cual las personas son iguales con respecto a su igual posesión de derechos idénticos, no sugiere que el ejercicio de estos iguales derechos resulte o deba resultar en algo así como una igualdad real de posiciones sociales y económicas; de hecho, se presupone lo contrario¹⁰⁷.

Por su parte, la ideología liberal del bienestar también hace hincapié en los derechos individuales, pero piensa la justicia como una cuestión de distribución general de cargas y beneficios dentro de la sociedad, prestando atención a sus procedimientos como a sus resultados. Según Campbell el bienestar “se refiere a la totalidad de la felicidad y el bienestar de todas las personas y particularmente a la necesidad de aliviar los sufrimientos de las personas pobres y desaventajadas. Para esta ideología, la justicia se centra en la distribución del bienestar, pero está bastante abierta con respecto a la forma en que debería llevarse a cabo la distribución o al conjunto de cargas y beneficios sociales y económicos a los que se aplica. Es individualista en cuanto a su compromiso con el valor de cada persona en particular pero holista en el modo en que intenta alcanzar la justicia a través de la gestión de la sociedad con vistas a que produzca una distribución general equitativa de bienes y males dentro de un sistema de iguales derechos básicos”¹⁰⁸.

En oposición a estas posturas ideológicas individualista el comunismo hace centro de su teoría en la prioridad de la sociedad, comunidad o Estado por sobre la concepción de los individuos que se pueden separar de su contexto cultural. Afirma Gargarella que; “El comunismo puede ser caracterizado, en principio, como una corriente de pensamiento que apareció en la década de los ochenta, y que ha crecido

¹⁰⁷ Campbell, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2008, p. 18.

¹⁰⁸ Campbell, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2008, p. 19.

en permanente polémica con el liberalismo en general, y con el liberalismo igualitario en particular...Para el comunitarismo, en cambio, el Estado debe ser un Estado activista, comprometido con ciertos planes de vida, y con una cierta organización de la vida pública”¹⁰⁹.

Por último, la visión ideológica socialista/marxista de la justicia hace hincapié en alcanzar una igualdad sustantiva real procurando que las personas tengan lo que necesitan para ser miembros plenos e iguales en una sociedad determinada, pudiendo resumirse al criterio según de cada cual, de acuerdo a sus capacidades, a cada cual de acuerdo a sus necesidades. Campbell explica que: “Dentro de la tradición marxiana, cualquier modo de teorizar tipificado por la filosofía política tradicional es política e intelectualmente sospechoso. Desde esta perspectiva, la teoría socialista de la justicia consiste en desarrollar críticas a la idea que la justicia representa un ideal trans-histórico aplicable a todo tipo de sistema económico, asumiendo que hablar de justicia eterna, como la retórica de los derechos naturales y humanos, es esencialmente un artificio ideológico para presentar los intereses burgueses bajo el disfraz de los valores supuestamente universales”¹¹⁰

Por su parte Gargarella desarrolla las ideas sobre la justicia del marxismo analítico, concluyendo que: “como la mayoría de los que estudiaron los marxistas analíticos, lo cierto es que se han replanteado la relación entre marxismo y justicia y, en su generalidad, han terminado aceptando la presencia de una teoría marxista de la justicia”¹¹¹.

En este muy breve y superficial repaso de distintas construcciones teóricas sobre la justicia podemos pensar la necesaria articulación que ellas tienen con los principios generales y específicos de nuestro ordenamiento jurídico, con el tipo de Estado –con mayor o menor interven-

¹⁰⁹ Gargarella, Roberto: *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós Estado y Sociedad, Madrid, 2010, p. 128.

¹¹⁰ Campbell, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2008, p. 184.

¹¹¹ Gargarella, Roberto: *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós Estado y Sociedad, Madrid, 2010, p. 106.

ción regulatoria en los mercados– que se configure en él y con las categorías posibles de los derechos que se les reconozca a sus ciudadanos.

3. Repensando la neutralidad de la visión hegemónica (liberal) del derecho administrativo

Entre los diversos sub-campos del *campo jurídico* podemos identificar al *derecho administrativo*, que –como ya vimos con la ayuda de Bourdieu– se construye a partir de una mirada ideológica sobre las relaciones entre la sociedad civil y el campo de poder político institucionalizado, en el que se distribuyen derechos individuales y/o colectivos y potestades estatales, conformando el sistema llamado *Estado de Derecho*. Esta regulación normativa (constitucional, legal y reglamentaria) así como la construcción doctrinaria y jurisprudencial realizada en su entorno aplican y enmarcan criterios de distribución de bienes comunes, públicos y privados entre los ciudadanos, dentro de un mercado y a partir de la regulación estatal, poniendo en juego estándares de justicia distributiva.

Ya dijimos antes que, aun cuando esto es así, existe un ocultamiento de esta relación entre ideología política y el campo jurídico ya que los agentes que actúan a su interior interviene bajo el presupuesto de obedecer a verdades y valores trascendentes y universales, alejados de las componendas políticas y de los intereses económicos. Reitero que es preciso aquí incorporar la herramienta conceptual llamada *efecto de desconocimiento*, entendido como el conjunto de mecanismos, de prácticas que se dan al interior del campo y que legitiman la forma de capital jurídico que se posee de manera arbitraria. Es la imposición del capital jurídico mediante la negación, ocultación y dominación.

En el interior del *sub campo jurídico* del derecho administrativo argentino, al igual que en un campo de batalla, se desatan conflictos y competencias por las que los participantes pelean por establecer el monopolio sobre el tipo de capital efectivo dentro del campo y el poder para decretar la jerarquía entre todas las formas de autoridad en el

campo de poder. Construcciones teóricas sobre las funciones estatales, prerrogativas públicas, servicio público, interés público, ejercicio del poder de policía, fomento y subvenciones, regulaciones, responsabilidades públicas y privadas, etc., llevan implícitas la tensión entre los paradigmas ideológicos en lucha y la autonomía técnica desde la que se pretende desarrollar e imponer una determinada configuración jurídica del derecho administrativo.

En el hermano país de Brasil se destacan las enseñanzas del –posiblemente– más relevante doctrinario del Derecho Administrativo de esa nación, Profesor Celso Antonio Bandeira de Mello, quien dedica el último de los capítulos de su clásico “Curso de Derecho administrativo” al neocolonialismo y al derecho administrativo brasileño. En este esclarecedor texto afirma; “Las teorías económicas, sociales, políticas y, por lo tanto, también las jurídicas, no surgen de la nada, no son producto de la casualidad o de un momento de iluminación de una persona. Por el contrario, ellas son la fase visible, el revestimiento exterior, el rasgo sofisticado de intereses concretos que fermentan en el seno de la sociedad. Corresponde, por lo tanto, muchas veces, tan sólo a una forma recortada o esmerilada de intereses de determinado o determinados segmentos, los dominantes, presentados bajo la forma de proposiciones concatenadas, articuladas y además blindadas con el rótulo de científicas, para captar los créditos de una pretendida neutralidad. Evidentemente, entonces, las concepciones jurídicas, las instituciones jurídicas y las interpretaciones jurídicas tienden siempre a reflejar lo que se está procesando en este ambiente cultural, que, interesa resaltar, puede tener muchos de sus ingredientes producidos exógenamente, esto es, fuera de su propia sociedad”¹¹².

Describe algunas de los institutos novedosos del derecho administrativo brasileño, producto de visiones neoliberales de la sociedad y el Estado, afirmando lo siguiente; “Lo que aquí se desea acentuar es que

¹¹² Bandeira de Melo, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*, Malherios Editores, Sao Paulo, 2011, p.1084.

surgió una abundante literatura dedicada al examen de estos institutos nuevos. Muchos que escribieron sobre ellos dedicaron un esfuerzo, incluso conmovedor, para pasar por alto los problemas de constitucionalidad que suscitaban...Esta fue, con raras excepciones, la situación de la literatura jurídico-administrativa brasileña en el último decenio. Apenas algunas voces aisladas procuraron contraponerse a las inconstitucionalidades, aceptadas para tornar posible la sumisión a la onda neoliberal...Ósea: el neocolonialismo encuentra un ambiente muy propicio para prosperar en nuestro medio cultural, y –por supuesto– dentro del derecho administrativo brasileño, porque aún tenemos una mentalidad acentuadamente marcada por el servilismo ideológico, típico del subdesarrollo del país que sigue pagando un pesado tributo al colonialismo.”¹¹³

Regresando a la Argentina, un ejemplo de esta actitud de gran parte de la doctrina en nuestro país –que intenta desconectar las instituciones jurídicas que describe de sus fundamentos ideológicos– es puesto en evidencia por el profesor Jorge Luis Salomoni, cuando al estudiar la teoría general de los servicios públicos, analiza el tratamiento que gran parte de los autores dieron al proceso de privatizaciones y reforma del Estado sufridos en nuestro país en la década de los noventa.

Dice: “Desde el derecho administrativo se ha analizado la reforma del Estado, desde una óptica que parece huir de todo debate político-ideológico, para refugiarse en la neutralidad de la ciencia jurídica. Para ello no quita que aparezca clara una concepción filosófica política que trataré de analizar. En efecto, desde el derecho comparado, se ha esbozado una concepción que se ha transformado en paradigmática para ciertos sectores de la opinión científica argentina...Increíblemente, al igual que algunos autores nacionales, intenta una argumentación sofística, por la cual, para descalificar al concepto de intervención estatal en la economía, le asigna el mote de *ideología*, para contrastarlo con

¹¹³ Bandeira de Melo, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*, Malherios Editores, Sao Paulo, 2011, p.1096.

l situación fáctica, que se impone sobre esa desgracia, en los términos de la concepción del citado autor español (Gaspar Ariño Ortiz). Lo curioso es que esta situación fáctica se denomina neoliberalismo. Esto es, increíblemente el neoliberalismo ha dejado de ser una ideología para convertirse en hechos. Así, por arte de magia, es decir, de engaño...No cabe duda que la filosofía política de Nozick, constituyó el argumento de mayor elaboración sobre la plausibilidad de las tesis neoliberales, y en lo que aquí interesa, en lo atinente a la teoría del Estado y su relación con los particulares que surge de dicha ideología, aunque muchos autores que han seguido su núcleo argumental, no lo han invocado”¹¹⁴

Como vemos, en el campo jurídico se enfrentan en forma constante concepciones sobre la forma de entender el derecho, en su aspecto práctico y teórico, y sobre cuáles deben ser los principios que deben regir el derecho en su conjunto, los del derecho privado, que se pretenden vinculados a la realidad social y a la economía, o los del derecho público, ordenados en una pretendida evolución de la sociedad hacia mayores niveles de justicia social. Un ejemplo de este conflicto es la recientemente mencionada oposición entre el principio de subsidiariedad y el principio de solidaridad, donde en realidad se originan las bases del tipo de intervención estatal posible, iniciando un marco de limitación o habilitación –de acuerdo al principio que se priorice– de la acción pública en los mercados y en la sociedad, con el consecuente impacto en la protección de las personas y la efectividad de sus derechos.

En la Argentina se han sucedido diversos modelos institucionales y políticos reflejos de determinadas posturas ideológicas, entre los que podemos identificar un período dictatorial neoliberal y conservador (1976-1983), seguido de una etapa de transición democrática con un estado benefactor (1983-1989), destacándose un posterior período neoliberal democrático conservador (1989-2003). Luego de la crisis del 2001, y con la presidencia de Néstor Carlos Kirchner, se inicia una

¹¹⁴ Salomoni, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 327 y sgtes.

etapa democrática de Estado Social de Derecho caracterizada por un poder público interventor en los mercados y con políticas activas en materia social, continuada por las presidencias de Cristina Fernández de Kirchner (2003-2015)¹¹⁵. Finalmente, la presidencia del ingeniero Mauricio Macri implicó un retorno a políticas neoliberales en lo económico, con un fuerte deterioro de la institucionalidad republicana y un marcado debilitamiento de las garantías democráticas¹¹⁶, todo ello con consecuencias concretas de aumento de la desigualdad, profundización de la brecha entre los más ricos y los más pobres, desmantelamiento de las estructuras y competencias estatales y crecimiento de la pobreza estructural (2015-2019)¹¹⁷.

¹¹⁵ Una mirada contraria a la aquí expuesta la desarrolla del derecho administrativo el Profesor Carlos Balbín –quien fuera Procurador del Tesoro de la Nación durante la presidencia de Mauricio Macri– en su libro: *Crisis del Derecho Administrativo. Bases para una nueva teoría general*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2020. En su mirada, sostiene que en el período de los sucesivos gobiernos kirchneristas (refiere al período 2000-2015), a partir del análisis de las normas sobre regulación de sociedades anónimas estatales, la ley sobre las medidas cautelares, la ley sobre responsabilidad del Estado y la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, evidencian la reafirmación de un criterio de autonomía del derecho administrativo como un campo regulatorio propio del derecho privado (con lo que coincido), implicando: “más poder y menos derechos” (con lo que estoy totalmente en desacuerdo). Mi opinión al respecto en: Cabral, Pablo Octavio, “Dos modelos jurídicos en competencia electoral: Exclusión neoliberal conservadora vs. Tutela jurídica diferenciada,” publicado en DPI, (Disponible en: <http://www.dpicuantico.com/wp-content/uploads/2015/06/Administrativo-Doctrina-2015-06-30.pdf>).

¹¹⁶ Cabral, Pablo Octavio, “El Lawfare en Argentina: luchas por la hegemonía del poder en el campo jurídico”, publicado en *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* (Brasil); vol. 9, p. 231 – 258, 01 de junio de 2019.

¹¹⁷ Balbín, Carlos F: *Crisis del Derecho Administrativo...* Ob. Cit. Este autor caracteriza este período posterior al 2015, durante el gobierno de Macri, como de una matriz de derecho privado; “De 2015 en adelante, el camino seguido en las regulaciones de las situaciones jurídicas en las que el Estado es parte fue el del ensanchamiento del derecho privado y, consecuentemente, de reducción del espacio propio del derecho administrativo, e incluso se autorizó el poder regulatorio por los propios destinatarios (autorregulaciones y autorregulaciones reguladas). A su vez, en ciertos casos, las reglas fueron sustituidas en su contenido por mandatos débiles (simples recomendaciones sin sanciones).” (p. 233).

A partir de la reforma constitucional de 1994 se produjo al interior del campo jurídico una modificación sustantiva del sistema de fuentes por la cual se incorporaron normas internacionales de derechos humanos que reconocen expresamente un gran número de derechos sociales y plantean la posibilidad de su exigibilidad frente al Estado. Esta nueva constitución modificó las reglas de conductas del campo jurídico, determinando un cambio en lo que les está permitido hacer y lo que no lo está, a los agentes e instituciones jurídicas.

A pesar del nuevo texto constitucional la visión monopólica legitimada para interpretar el derecho, resistió el cambio y limitó los alcances y posibilidades de transformación de la nueva norma. No obstante, en los años sucesivos existieron crecientes prácticas concretas por las que actores y participantes del campo jurídico, con fundamento en la nueva Constitución, cuestionaron las reglas que distribuyen el poder al interior del propio campo.

Grupos sociales, organizaciones no gubernamentales, partidos políticos, defensores públicos, abogados de interés público, funcionarios y autoridades políticas, jueces, profesores de derecho, iniciaron acciones judiciales, presentaron demandas, dictaron sentencias en las que se reconocía el derecho subjetivo de una persona o un grupo de ellas al efectivo goce de un derecho social (alimentación, vivienda, salud, etc.) ordenando al Estado a brindar la prestación en cuestión. Este conflicto o competencia por establecer el monopolio de decir el derecho dentro del campo jurídico, se ramificó afectando ya no sólo a los participantes en el juego, sino a las reglas por las cuales los participantes se regirán en el futuro al interior del campo.

4. El derecho administrativo argentino y su posicionamiento ideológico frente a la justicia distributiva

Pasando ahora al sector del campo jurídico ocupado por el *Derecho Administrativo*, relevaré superficialmente las posturas ideológicas (En este caso destacando el rol del estado y la justicia distributiva) de los

autores más relevantes del período estudiado. Tal relevancia se encuentra determinada por la centralidad de su posición dentro del campo en estudio y la acumulación de diversos capitales que les permiten a estos doctrinarios decir que dice el derecho administrativo. Sus posiciones ideológicas –en muchos casos– dieron contenido a concretas políticas públicas en las diversas etapas que se sucedieron en los cuarenta años en estudio.

En líneas generales la doctrina administrativista referida propone al derecho administrativo como una herramienta de protección de los derechos individuales (libertad, propiedad) frente al Estado, postulando un equilibrio entre autoridad y libertad. Entiendo una pieza clave para desentrañar el sentido de justicia distributiva de la doctrina administrativista hegemónica es su posicionamiento frente a la posibilidad de efectivizar judicialmente los derechos económicos, sociales y culturales.

Por ejemplo, Agustín Gordillo, desde una de sus primeras obras (“Introducción al Derecho Administrativo”, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1962; “Tratado de Derecho Administrativo”, Editorial Macchi, Buenos Aires, 1974) desarrolla un capítulo dedicado a las “Bases políticas, constitucionales y sociales del derecho administrativo”. Allí, partiendo de definir al derecho administrativo como la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial contra ésta, expone la oposición entre igualdad y libertad, articulados en posturas políticas e ideológicas sobre las cuales se construyeron dos modelos de estatalidad (Estado liberal de Derecho y Estado de Bienestar) proponiendo un equilibrio y complementariedad entre las garantías individuales y las garantías sociales.

Sobre la posibilidad de efectivización de los derechos sociales, cuestión que plantea en su tratado de derecho administrativo desde las primeras ediciones, se inclina por su carácter programático. Dice al respecto que; “Según la formulación que se les dé, tales derechos sociales podrán aparecer como auténticos derechos subjetivos de los habitantes, exigibles concretamente desde la misma sanción de la norma constitucional y sin necesidad de norma legislativa alguna que los reglamente,

o podrán en cambio resultar meros derechos programáticos, normas de buen gobierno que carecen de efectividad real mientras los órganos legislativos o administrativos del Estado no deciden por su cuenta efectivizarlos”, agregando como conclusión que “generalmente la enunciación constitucional de tales derechos tendrá un mero carácter programático, y no será el actual y real conferimiento al individuo de un derecho subjetivo...”¹¹⁸.

Luego de la reforma constitucional de 1994, el Profesor Gordillo edita dos obras en las que abordó dos cuestiones de actualidad para el derecho administrativo de la década del noventa; los derechos humanos¹¹⁹ y la reforma del Estado¹²⁰. Sobre la cuestión de la efectivización de los derechos sociales, a la luz del nuevo texto constitucional y la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos, el autor mantuvo su postura clásica, radicalizando su posición contraria a la posibilidad de judicializar los derechos sociales.

Así sostuvo este autor que; “Nadie duda que es políticamente hermoso, hasta poéticamente atractivo, sostener que todo el mundo tiene derecho a tener satisfechas todas sus necesidades básicas en cualquier campo, sea él salud, vivienda, educación, cultura, progreso. Pero en esa fraseología se desliza un grave inconveniente: quienes así hablan o escriben se olvidan que han hecho un cambio de paso, y ya no están hablando de derecho como si fueran abogados o juristas, hombres del foro o de la justicia, profesores o estudiantes de derecho, sino que hablan de derecho como si fueran personas que desconocieran el significado técnico jurídico de la palabra en el ámbito forense. Es como si tal vez pensarán que la palabra puede usarse también para describir aspiraciones o pretensiones que no son susceptibles de ser llevadas con éxito ante

¹¹⁸ Gordillo, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Macchi, Buenos Aires, 1974, p.III-28.

¹¹⁹ Gordillo, Agustín y Flax, Gregorio: *Derechos Humanos*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007.

¹²⁰ Gordillo, Agustín: *Después de la Reforma del Estado*, Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.

un tribunal de justicia en parte alguna del mundo. Allí, obviamente quienes emplean de ese modo la palabra “derecho” no hacen sino crear un mar de confusiones. Podrán fundarlo sin duda en consideraciones políticas, axiológicas, sociológicas, éticas, morales, religiosas, en principios universales; podrán invocar textos de carácter internacional que de algún modo u otro lo digan: pero lo cierto, lo concreto, es que no pueden ignorar que no pueden interponer una demanda contra el Estado y ganarla con ese planteamiento. No obtendrán sentencia favorable en ninguna instancia, perderán simplemente el juicio, al menos hoy por hoy. Es indispensable no crear en el joven alumno confusiones entre el derecho y otras ciencias sociales, o la política, o las aspiraciones, los sueños, los compromisos éticos, las obligaciones de solidaridad, etc.”¹²¹

En su obra “Después de la Reforma del Estado”, Gordillo se refirió a la política de desregulación del mercado y de privatización de empresas y actividades estatales desarrolladas en la década del 90, compartiendo la necesidad de realizar tales transformaciones, aunque dejando sentada la necesidad de completar las reformas pendientes.

Así dijo que “Ya a comienzos de la década del 80 los organismos en un cambio de orientación. Anticipaban el nuevo papel del Estado en el proceso económico y social. En poco tiempo más la crisis económica se transforma en crisis política, con el fin del gobierno soviético y el triunfo del libre mercado, la crisis del modelo burocrático, la sensación del fracaso de la empresa y en general la propiedad pública, privatizaciones por doquier. Desregulación desmonopolización, privatización, dejan de ser banderas políticas inglesas o norteamericanas, son políticas económicas mundiales, del Oeste y del Este, de las naciones y organismos multinacionales de los cuales depende nuestro crédito externo: *las ideologías son más potentes que los Estados*. También en nuestro país, desde luego, se comenzó en esa década a postular la desregulación y a prestar atención a la protección del consumidor...La reforma

¹²¹ Gordillo, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, p.VI-34.

que venimos de explicar ha desarmado mucho del viejo aparato estatal, pero le ha faltado ajustar el resto a la nueva dinámica que ha creado. Corre con ello el riesgo de quedar claudicante frente a la nueva realidad que ha creado.”¹²²

Concluyo con la opinión de Jorge Luis Salomoni sobre la obra del autor en análisis: “Agustín gordillo, por su parte, no solamente coincide con los autores citados (Cassagne y Ariño Ortiz), sino que avanza un paso más en la argumentación, en lo que aquí importa, al sostener que el intervencionismo estatal anterior a la reforma del Estado no reconocía legalidad constitucional, o mejor aún, que el intervencionismo fue producto de una jurisprudencia permisiva y no de la propia teoría del Estado plasmada en nuestra constitución. Podría decirse que tal aseveración (de Gordillo) constituye más que una hermenéutica jurídica, una exposición ideológica del autor. La exposición de la visión ideológica con que mira al ordenamiento jurídico.”¹²³

Juan Carlos Cassagne, por su parte, desde una postura iusnaturalista, declaró la muerte del Estado benefactor y el nacimiento del Estado Subsidiario, rechazando todo dirigismo estatal con fundamento en que la intervención del Estado debe regirse siempre por el principio de la suplencia o subsidiariedad; “La quiebra del modelo que caracterizó al denominado Estado benefactor está a la vista de todos. La sociedad ya no acepta que el Estado intervenga activa y directamente en el campo económico-social asumiendo actividades que corresponde realizar a los particulares iure propio. El pretexto de la soberanía, la defensa nacional, la justicia social o la independencia económica, no sirven más como títulos que legitiman la injerencia estatal en las actividades industriales o comerciales, y, aún, en los servicios públicos que pueden ser prestados por particulares...En síntesis, si el bien común que constituye el fin o causa final del Estado posee naturaleza subsidiaria y

¹²² Gordillo, Agustín; *Después de la Reforma del Estado*, Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996, p.I-25.

¹²³ Salomoni, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 344.

se encuentra subordinado al mantenimiento y al desarrollo de la dignidad de las personas que forman parte de la sociedad civil, el Estado no puede absorber y acaparar todas las iniciativas individuales y colectivas que se generan en el seno de aquélla. En otros términos, que la subsidiariedad es una obligada consecuencia de la propia naturaleza de la finalidad que el Estado persigue y el presupuesto indispensable para el ejercicio de las libertades del hombre”¹²⁴

Respecto de la justicia, adhiere a la postura de Santo Tomás de Aquino, en tanto la considera como el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho. Para Cassagne, el alcance de la justicia distributiva respecto de cada persona debe ser valorada a la luz de criterios morales –calidad, aptitud o función de cada miembro del cuerpo social– para en base a ellos determinar la porción que la sociedad le debe a cada una de ellas. Así sostiene que “El equilibrio de la doctrina sobre la justicia descansa en la subordinación de lo político, social, económico y jurídico a la moral y, en definitiva, en la perfección del hombre, sin la cual no pueden existir ni imponerse el orden y la paz, por la sencilla razón de que la comunidad no puede proporcionar lo que las partes integrantes no hubieran puesto en ella”¹²⁵. Por otra parte, se opone a aceptar que en el ámbito del derecho público exista una identificación con la justicia distributiva.

José Roberto Dromi, se enmarca en las posiciones generales descriptas respecto del régimen jurídico administrativo. Así sostiene que: “El orden predica obligadamente el poder y el derecho. El orden se expresa en derecho y se organiza como poder, Poder y derecho son atributos esenciales, propios del orden, exigidos por la esencia del ser estatal. Luego, en su actuación, poder y derecho especificarán en la existencia una organización y un ordenamiento jurídico, público y administrativo de carácter básico, que explicita las relaciones

¹²⁴ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo I, p. 65.

¹²⁵ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo I, p. 59.

fundamentales entre sociedad (Estado, autoridad, Administración) y persona (individuo, libertad, administrado).”¹²⁶.

Rodolfo Barra defendió con éxito su tesis doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina el 17 de marzo de 1980 bajo el título “El derecho administrativo como sistema de derecho público en el marco de la justicia distributiva”. En junio del mismo año la tesis fue publicada, con prólogo de Juan Carlos Cassagne, bajo el título “Principios de derecho administrativo”, contenido casi veinte años más tarde replicado en su primer tomo del “Tratado de Derecho Administrativo”¹²⁷. El prologuista de su ópera prima afirmó que: “La aceptación de esa visión cristiana del derecho, concebido como el objeto de la justicia, con sus distintas especies, no implica, como bien se señala en la obra, que la sociedad de nuestros tiempos deba desatender el peligro que representa la ampliación progresiva de las competencias estatales, lo cual puede conducir a la despersonalización del hombre, sumergido en un proceso de socialización creciente, donde todo lo espera del Estado”.

Así, Barra desarrolla en su obra las relaciones existentes entre los principios que rigen la justicia distributiva y las instituciones de derecho público y se propone “la distinción radical entre el derecho público y el derecho privado, en función de las distintas especies de la virtud de la justicia y su relación con el bien común, como adecuado instrumento para una mejor comprensión del derecho administrativo... En realidad, la base de este estudio, no pretende más que recordar las enseñanzas de la perenne filosofía tomista y de la moderna doctrina social pontificia, para aplicar sus conclusiones a una rama determinada de la ciencia jurídica”¹²⁸.

¹²⁶ Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 7.

¹²⁷ Barra, Rodolfo Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abaco, Buenos Aires, 2002, Tomo I.

¹²⁸ Barra, Rodolfo Carlos, *Principios de derecho administrativo*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 23.

Inicia el desarrollo de sus ideas sosteniendo la prevalencia del principio de subsidiariedad respecto de las funciones del sector público; “por el cual la competencia del Estado alcanza sólo a aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares –individuos o agrupaciones intermedias– no puede o no deba desarrollarse. La aplicación del principio de subsidiariedad importará regular los límites de las competencias estatales y, por consiguiente, fijar los alcances de todas las competencias sociales”¹²⁹. Si bien releva la aparición del Estado Social o de Bienestar, concluye a su respecto que “Se nos presenta así una dramática paradoja: la extensión de las competencias estatales, respondiendo a una exigencia del bien común, puede significar la tumba de este mismo bien común por la importante cuota de socialización despersonalizante que trae aparejada”¹³⁰

Como ya vimos, los orígenes del principio de subsidiariedad, defendido abiertamente tanto por Barra como Cassagne y aplicado por Dromi, se pueden encontrar en la teoría social de la iglesia (Encíclica *Quadragesimo Anno*; “toda actividad social es subsidiaria por esencia y su misma definición”) y en la obra de Johannes Messner –referencia reiterada en la obra de Barra– para quien; “El principio de subsidiariedad muestra que el bien común no es un fin en sí. El principio de subsidiariedad es por ello el principio social cristiano, que rechaza toda forma de independización colectivista (absolutización) de los fines sociales, del Estado de fuerza totalitario como del Estado de previsión socialista...El principio de subsidiariedad expresa la igualdad originaria de todos los derechos morales, de los del individuo y de los de las comunidades naturales: de las comunidades con finalidades fundadas en la naturaleza social humana”¹³¹.

¹²⁹ Barra, Rodolfo Carlos, *Principios de derecho administrativo*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 37.

¹³⁰ Barra, Rodolfo Carlos, *Principios de derecho administrativo*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 56.

¹³¹ Messner, , 1960, p. 864.

Concluye en su tesis que el derecho público es el derecho del Estado en sí mismo y en sus relaciones con la sociedad aplicándose allí la virtud de la justicia distributiva, en la que “el reparto o asignación de prestaciones es autoritario y heterónomo. La entrega de la cosa debida no sólo es de interés para las partes de la relación específica. Lo es también comparativamente, para las partes de la relación virtual. Fundamentalmente, es de interés para el resto del cuerpo político, cuya subsistencia como tal depende de que en cada caso concreto se realice el bien común. Por ello la asignación de prestaciones es autoritaria, dado que requiere del ejercicio del poder estatal. Como tal asignación de prestaciones no depende de la voluntad de las partes, se afirma que el reparto es heterónomo, salvo que la derogación –la decisión de las partes de que a la hipótesis no se le aplique la consecuencia prevista en la norma– no perjudique a terceros (en especial al sujeto acreedor virtual) y se justifique en razones de interés público”¹³²

Se intentará desarrollar las diversas vinculaciones y formas de relacionamiento entre estas construcciones teóricas propias del interior del campo jurídico (funciones del Estado, principio de subsidiaridad, justicia distributiva, inexigibilidad de los derechos sociales), por un lado, con las ideologías políticas, filosóficas y éticas y por el otro con la realidad social sobre la que el derecho actúa. A modo de ejemplo se puede estudiar el modo en que el principio de subsidiariedad fue aplicado en el período 1976-1982, así como en la reforma del Estado puesta en marcha a mediados de la década del noventa. José Martínez de Hoz, en un opúsculo llamado “Bases para una Argentina Moderna -1976-80”, expuso la aplicación del principio de subsidiariedad y las políticas de privatización de la dictadura militar que en esos años gobernó nuestro país. Allí dijo: “El proceso de privatización que se inició a partir de 1976 revirtió una tendencia práctica y también filosófica favorable al estatismo...Es decir, el principio de subsidiariedad de la función del Estado

¹³² Barra, Rodolfo Carlos, Principios de derecho administrativo, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 128.

no responde sólo a una formulación teórica, sino que proporciona el criterio para distribuir recursos limitados del Estado entre funciones prioritarias...Entre las funciones del Estado que se definieron como parcialmente delegables o susceptibles de ejecución compartida con el sector privado, pueden mencionarse la prestación de servicios de educación, salud, seguridad social y algunos servicios públicos especiales y obras de infraestructura. Con respecto a las funciones de producción, se acordó que ellas en principio corresponden al sector privado y deben ser ajenas al Estado salvo casos muy excepcionales...El programa de privatización requirió modificar innumerables disposiciones que establecían requisitos, no siempre justificados, para la venta de bienes públicos. Mediante el dictado de diversas normas se logró establecer una base jurídica que facilitara este proceso. Esto llevó un cierto tiempo, pero el camino se ha abierto y, más allá de lo ya realizado en este aspecto durante nuestra gestión, la acción futura puede entonces ser mucho más ágil”¹³³ (Martínez de Hoz, 1981:48).

Finalmente, el Profesor Carlos F. Balbín, autor de “Curso de Derecho Administrativo”¹³⁴ en dos tomos (2007) continuada por su “Tratado de Derecho Administrativo”¹³⁵ en siete tomos (2011) propone una mirada diferente de la materia y postula la construcción de un nuevo paradigma del derecho administrativo superador de la clásica oposición entre poder (autoridad) y derecho (libertad). Afirma que el nuevo paradigma *Derechos vs. Derechos* es, “el equilibrio del poder entendido como el conjunto de prerrogativas que persiguen el reconocimiento de derechos *versus* otros derechos. Ese equilibrio entre derechos con intermediación del poder estatal y sus prerrogativas es el paradigma, entonces, del Derecho Administrativo actual. El derecho administrativo no debe pues analizarse desde el poder y sus prerrogativas sino desde los

¹³³ Martínez de Oz

¹³⁴ Balbín, Carlos F, Curso de Derecho Administrativo, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007.

¹³⁵ Balbín, Carlos F, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011.

derechos fundamentales y estos últimos no sólo como límite de aquél sino como justificación del propio poder”¹³⁶

En esa línea sostiene que, si bien el derecho administrativo pudo ser entendido como un modelo de equilibrio entre poderes y derechos, “es necesario decir que el interés público es el interés definido por los representantes del Pueblo respetando las minorías y sus derechos y que su único fundamento es el reconocimiento de derechos”¹³⁷

Siguiendo el nuevo paradigma del derecho administrativo, Balbín se aparta de las posturas clásicas respecto de la posibilidad de exigir judicialmente la efectivización de los derechos sociales. Así sostiene que “Los derechos sociales son operativos, plenamente exigibles, progresivos y, por último, interdependiente e indivisibles de los otros derechos...En este punto de nuestro análisis es posible concluir que el Estado debe satisfacer los derechos civiles y políticos e igualmente los derechos económicos, sociales y culturales”¹³⁸.

Luego publicó un trabajo doctrinario titulado “Un derecho Administrativo para la inclusión social”, en el que sostiene que “El Derecho Administrativo, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, debe ser pensado como un derecho de inclusión y no sólo como un derecho de prevención y eventualmente reparación de los abusos o arbitrariedades estatales. El Doble Derecho satisface con mayor plenitud el reconocimiento de derechos en condiciones igualitarias porque el Derecho Privado persigue la recomposición de las desigualdades simplemente individuales y no las otras plurales y estructurales. Es necesario, por tanto, cambiar el paradigma, pero sobre todo el modo de pensar y construir el Derecho Administrativo”¹³⁹.

¹³⁶ Balbín, Carlos F, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, T. I, p. 173.

¹³⁷ Balbín, Carlos F, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, T. I, p.273.

¹³⁸ Balbín, Carlos F, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, T. I, p. 135.

¹³⁹ Balbín, Carlos; “Un Derecho Administrativo para la inclusión social”, Revista La Ley del miércoles 28 de mayo de 2014.

Pensando desde nuestra nación y región, que es la más desigual del planeta, esta omisión respecto de las posturas ideológicas sobre las que se construye el edificio del derecho administrativo argentino, induce a la sospecha, que, como sabemos, es la base de la actitud crítica en la vida, y también en la investigación, la extensión y la docencia. La actitud crítica no renuncia a la generalización del conocimiento, ni a su objetividad. Pero los construye desde bases más sólidas al hacer visible lo opaco, al reflexionar sobre los fines de la investigación.

Toda investigación no es sólo por el conocimiento mismo, sino para alguien y para algo. Desde esta mirada crítica, la omisión de la pregunta por las posturas ideológicas que sostiene cada integrante relevante del campo jurídico, por las causas históricas y estructurales de su retaceo, por la relación entre este retaceo y la ineficacia relativa de todos los derechos humanos constitucionalmente declarados y reconocidos, por la relación entre el retaceo y la (in)justicia social, la carencia de relativa autonomía para orientar las políticas económicas, sociales y las estrategias de integración regional, incluso la imposibilidad de plantear la pregunta básica en una democracia constitucional acerca de ¿qué función deben cumplir los jueces para proteger a los más vulnerables y garantizar sus derechos fundamentales básicos?, no es un mero dato de la realidad.¹⁴⁰

En esa línea me propongo avanzar.

¹⁴⁰ CIDERCRIT, Proyecto de creación del Centro de Investigación en Derecho Crítico.

El Poder Judicial en la teoría de la democracia deliberativa

1. Introducción

En este tercer capítulo del libro el objetivo es abordar, desde el marco conceptual de las teorías sobre la democracia deliberativa, el papel que desarrolla el Poder Judicial en su función jurisdiccional, en tanto parte integrante del Estado, como ámbito institucionalizado de deliberación para la toma de decisiones colectivas¹⁴¹.

Como nos explica Diego Duquelsky Gómez; “Durante siglos los jueces no fueron más que delegados del soberano, quién asumía simultáneamente los atributos del juez supremo, por lo que resultaba superfluo el debate sobre su legitimidad, exigiéndose como mayor virtud su sabiduría y prudencia. Esta forma de entender el rol del magistrado sufre una notable transformación a partir de las revoluciones burguesas,

¹⁴¹ El presente trabajo continúa la línea desarrollada en: Cabral, Pablo Octavio (2008) “El poder judicial como herramienta institucional de participación ciudadana en el marco de la teoría de la democracia deliberativa” publicado en la Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el mes de septiembre de 2008 –año 2, N° 2–.

la consolidación de los estados nación y el proceso codificadorio. En palabras de Montesquieu, el juez asume el rol de un poder neutral, la boca que pronuncia las palabras de la ley. Y al tener las leyes un origen democrático, este sería transmitido al magistrado a través de una suerte de propiedad transitiva. Sin embargo, tanto desde los desarrollos de la lingüística como desde la propia experiencia judicial esta concepción se encuentra en crisis, resignificándose en consecuencia el papel del juez en la sociedad y su consecuente responsabilidad ética y política.”¹⁴²

Esta revisión nos permitirá pensar un primer encuadre de las funciones de los jueces en nuestro actual sistema jurídico institucional, en el que el principio democrático se encuentra presente en toda la arquitectura política que se positivizó constitucionalmente en la reforma de 1994. Es decir, en gran medida, reflexionar sobre las tutelas procesales diferenciadas nos obliga a repasar el rol que el poder judicial juega en la ingeniería institucional de nuestro Estado social de derecho, particularmente en relación con la efectividad de los derechos humanos fundamentales y la protección de los más vulnerables.

Ya el profesor Gustavo Ferreyra desarrolló las tareas de la jurisdicción constitucional y el paradigma de la defensa jurisdiccional, en que se presenta la tensión entre derecho y política abordando aquellas objeciones respecto de la debilidad democrática del Poder Judicial.¹⁴³ Quisiera detenerme e ingresar a esta cuestión.

Dichas seis objeciones –relevadas por el profesor Ferreira– al ejercicio del control de constitucionalidad por parte del poder judicial¹⁴⁴,

¹⁴² Duquelsky Gómez, Diego, *Curso de ética judicial*, Jusbairens, Buenos Aires, 2021.

¹⁴³ Ferreyra, Raúl Gustavo. *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, EDIAR, Buenos Aires, 2003. Refiere el autor: “...es en la jurisdicción constitucional donde con más vigor que en ningún otro sitio se puede observar la aguda tensión entre “Derecho” y “Política”. Es que en estos territorios –a veces limítrofes, a veces yuxtapuestos–, se verifica la judicialización de la política...”, p 218.

¹⁴⁴ Ferreyra, Raúl Gustavo (2003). *Notas...* Las seis observaciones son la debilidad de la legitimación democrática de los jueces; la duración ilimitada de los magistrados en sus cargos; la ausencia de control político de la jurisdicción constitucional; el rol de árbitros del proceso político estatal que adquieren los jueces; la afectación del principio republi-

pueden ser revisadas a partir de intentar verificar si existe en la tarea de los jueces algunas prácticas deliberativas, caracterizadas como propias de la forma en que el poder político toma sus decisiones públicas. La pregunta deja de ser: ¿Quién ejerce el control de constitucionalidad o legalidad? y es reemplazada por ¿Cómo se ejerce ese control? Todo desde una mirada de la institucionalización de los mecanismos democráticos que permiten al pueblo participar de las cuestiones públicas, ya sea en una forma indirecta o semi directa.

Para ello comenzaré analizando, desde una perspectiva jurídico-institucional, la forma en que nuestra Constitución nacional reparte las funciones del Estado y divide las competencias para decidir sobre la *cosa pública* y cuáles son los grados de deliberación y participación ciudadana directa o indirecta en cada porción del poder constituido.

Existe una explícita presión mutua –y confusión– entre las esferas de la política y los ámbitos procesales en los que el derecho tradicionalmente resuelve los conflictos ante imparciales jueces y bajo el cumplimiento y sometimiento a sus propias reglas, justificando así su autonomía científica e independencia institucional. Este fenómeno, conocido como judicialización de la política, o su contracara, politización de la justicia, adquiere actualmente en nuestro continente una modalidad más sofisticada y preocupante por sus consecuencias negativas que impactan de lleno en las bases del sistema democrático; el *lawfare*¹⁴⁵. Detrás de él se vislumbra una tensión entre el poder ejecutivo (actor relevante del campo de poder) y el poder Judicial (actor central del campo jurídico).

cano de división de poderes y la lentitud en la toma de decisiones por parte del Poder Judicial, cuando las circunstancias requieren premura.

¹⁴⁵ Moreno, Guillermo Raúl (2018). “El Poder Judicial como arma política. Sobre la intervención judicial del partido justicialista en la República Argentina”, *Derechos En Acción*, 7. <https://doi.org/10.24215/25251678e164>; Valim, Rafael (2018). Estado de excepción. *Derechos En Acción*, 7(7). <https://doi.org/10.24215/25251678e167>; Cabral, Pablo Octavio (2019) “El Lawfare en Argentina: luchas por la hegemonía del poder en el campo jurídico”, publicado en *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* (Brasil); vol. 9, p. 231 - 258, 01 de junio de 2019, con referato. Extensión 19 carillas (Disponible en SEDICI; <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/76293>).

Pretendo entender la relación entre democracia y Poder Judicial desarrollaré mi intuición respecto al funcionamiento de la justicia como una forma institucional de participación ciudadana dentro de un Estado Social de Derecho, confrontando tal propuesta con los autores que destacan el carácter contra mayoritario del Poder Judicial, recordando que la función jurisdiccional fue delegada por el pueblo al Estado en la Constitución.

Adelantando mi opinión diré que en nuestro sistema constitucional actual se da la paradoja que el Poder Judicial, siendo por su origen el menos democrático de los poderes, permite el desarrollo de prácticas discursivas procedimentales, posibilitando que la toma de decisiones públicas sea producto de una deliberación entre partes (ciudadanos y gobernantes) en un plano de igualdad y libertad de expresión en el que se intercambian argumentos en forma racional y en un marco previamente reglado en un procedimiento formalizado.

2. Las teorías sobre la democracia deliberativa

Las teorías sobre la democracia deliberativa se constituyeron como una apuesta superadora de las primigenias y prácticamente irreplicables experiencias de la democracia directa y de las reales y generalizadas democracias representativas, hoy en crisis.

Expone Jon Elster¹⁴⁶ que las diversas teorías que sostienen un modelo de democracia participativa, más allá de sus peculiaridades, coinciden en incluir, en la toma colectiva de las decisiones a todos los afectados por la decisión o por sus representantes y en sostener que tales decisiones se toman luego de escuchar los argumentos ofrecidos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad.

¹⁴⁶ Elster, Jon: “La Democracia Deliberativa”, Editorial Gedisa, Barcelona , 2001.

Así sostiene este autor que el núcleo común de los autores más representativos de esta corriente de pensamiento, Rawls y Habermas, consiste en afirmar que la elección política se legitima al ser el resultado de una deliberación acerca de los fines entre agentes libres, iguales y racionales.

Continúa explicando que; *“cuando un grupo de individuos iguales tiene que tomar una decisión acerca de una cuestión que les concierne a todos, y cuando la distribución inicial de opiniones no obtiene consenso, pueden sortear el obstáculo de tres maneras diferentes: discutiendo, negociando o votando.”*

Esta teoría, por su generalidad puede ser aplicada a cualquier decisión tomada por un grupo de personas atinente a una cuestión que les atañe a sus miembros, pero en el presente trabajo haré referencia a las decisiones que toma el Estado, en sentido lato, y que por su propia finalidad tienen como objetivo la satisfacción de un interés público de la comunidad a la que organiza jurídica y políticamente. Por decisiones públicas institucionalizadas entiendo aquellas manifestaciones de voluntad emitidas por el Poder Legislativo (Leyes), el Poder Ejecutivo (actos administrativos y reglamentos) y el Poder Judicial (sentencias y resoluciones que intervienen sobre decisiones estatales de los otros dos poderes - actos administrativos, reglamentos o leyes) que repercuten jurídicamente en los destinatarios directos e indirectos de tales medidas de gobierno.

Mi mirada reposará en aquellas decisiones públicas que se toman desde el Estado cumpliendo con las formalidades establecidas en la Constitución nacional y el resto del ordenamiento jurídico positivo.

3. Las prácticas deliberativas en las decisiones públicas institucionalizadas en nuestro sistema constitucional

Como aclaración previa hay que recordar que nuestra Constitución nacional de 1853-60, al establecer la forma de gobierno, no utilizó la palabra democracia para caracterizar al sistema por ella creado. De sus ar-

título 1º¹⁴⁷ y 22¹⁴⁸ surge un sistema representativo y republicano donde el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes. Este sistema político representativo implica que el pueblo soberano no ejerce en forma directa tal soberanía, sino que la delega en las personas elegidas por él a través del voto, que lo representan al asumir los cargos creados constitucionalmente y para los que han sido votados. Luego de la reforma constitucional de 1994 se dispusieron nuevos mecanismos de democracia semi directa, manteniéndose el sistema representativo.

La forma republicana de gobierno se caracteriza por los siguientes principios; 1) Elección de los cargos públicos, 2) Responsabilidad de los funcionarios, 3) Publicidad de los actos de gobierno, 4) Periodicidad de los cargos públicos, 5) Igualdad ante la ley y 6) División de poderes.

Como el objetivo de este análisis es describir la forma en que el gobierno toma decisiones que hacen al interés de la comunidad, me detendré en el último de los principios citados, esto es la división funcional del poder en tres órganos: ejecutivo, legislativo y judicial.

El clásico principio republicano de división de poderes constituye desde el Siglo XVIII la garantía orgánica por excelencia contra el abuso de poder del Estado, hallándose presente como uno de los pilares del modelo de constitución clásica liberal.

La Constitución argentina continúa la tradicional división de poderes, acuñada por Locke, Rousseau y Montesquieu, estableciendo en su parte orgánica lo atinente a la organización de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y distribuyendo sus competencias en la toma de decisiones públicas.

En primer lugar, trataré de describir el origen democrático y los procedimientos para la toma de decisiones políticas institucionalizadas

¹⁴⁷ CN, artículo 1º: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según lo establece la presente Constitución.”

¹⁴⁸ CN, artículo 22º: “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.”

propios de una democracia deliberativa que se encuentran inscriptos en los que llamaré poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo) para luego hacer lo propio con el Poder Judicial.

3.1. Los Poderes Políticos (Legislativo y Ejecutivo)

Cada poder político tiene una determinada forma de expresar su voluntad, es decir, de actuar positivamente en la sociedad, interviniendo a través de la introducción de normas generales o particulares que transforman la realidad, y que son conocidas como medidas de gobierno. Los llamados órganos políticos del Estado de origen democrático (Poder Ejecutivo y Legislativo) intervienen mediante la emisión de actos administrativos¹⁴⁹, reglamentos¹⁵⁰ o leyes¹⁵¹.

Ambos poderes tienen un origen democrático ya que tanto los integrantes de ambas cámaras legislativas como el presidente de la nación son elegidos mediante un proceso electoral establecido constitucionalmente y regulado por la ley electoral.

¿Cuál es el nivel de utilización de procedimientos propios de la democracia deliberativa para la toma de decisiones públicas institucionalizada que se practican en cada uno de los poderes constituidos?

En el ámbito del Poder Legislativo las decisiones se toman luego de un procedimiento formal de *discusión*, donde las partes con posiciones contrapuestas expresan sus argumentos. Pero finalmente la decisión se

¹⁴⁹ Según la definición de Cassagne, Juan Carlos, por acto administrativo debe entenderse: “Toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados o terceros destinatarios del acto. El acto administrativo puede ser unilateral o bilateral.” Derecho Administrativo, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, Tº1.

¹⁵⁰ En la obra citada define Cassagne al reglamento como: “Todo acto unilateral de la Administración, en ejercicio de la función materialmente legislativa, que crea normas jurídicas generales y obligatorias, operando sus efectos en el plano externo a través de la regulación de situaciones impersonales y objetivas.”

¹⁵¹ Según la definen Aftalión, Enrique; García Olano, Fernando y Villanova, José, la ley es: “la norma general establecida mediante la palabra por el órgano competente (legislador)”, “Introducción al Derecho”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984, pág. 281.

toma en razón de la voluntad de la mayoría representada en las Cámaras y mediante la votación de sus integrantes.

Los ciudadanos, una vez elegidos sus representantes, no pueden influir directamente en los debates y discusiones que se desarrollan en el seno del órgano legislativo, limitándose su intervención a las informales manifestaciones públicas, así como las opiniones vertidas en los medios masivos de comunicación, estas últimas conductas, sin ningún efecto vinculante en la toma de decisión. Dicho en palabras de Bourdieu; "... los individuos en estado aislado, silenciosos, sin palabra, que no tienen ni la capacidad ni el poder de hacerse escuchar, de hacerse oír, son colocados ante la alternativa de callarse o de ser hablados...los dominantes existen siempre, mientras que los dominados no existen más que si se movilizan o se dotan de instrumentos de representación."¹⁵²

Las decisiones que toma el Poder Legislativo, en representación del pueblo soberano, no son producto de discusiones entre ciudadanos libres, iguales y racionales, o, como define Austen-Smith, el resultado de un proceso materializado en una conversación por la cual los individuos (en este caso legisladores) hablan y escuchan consecutivamente antes de tomar una decisión colectiva.¹⁵³ Esta situación fue observada por Carl Schmitt en la Alemania de entreguerras y utilizada como uno de sus argumentos en contra del sistema parlamentario como forma de Estado.¹⁵⁴ Afirmaba este autor en sus críticas que en los parlamentos; "las negociaciones, cuyo objetivo no es encontrar lo racionalmente verdadero sino el cálculo de intereses y las oportunidades de obtener una

¹⁵² Bourdieu, Pierre: "Cosas Dichas", Editorial Gedisa, p. 159.

¹⁵³ Cita transcrita por John Elsten en "La Democracia Deliberativa", Editorial Gedisa, Barcelona, 2001, p.21.

¹⁵⁴ Aragón, Manuel, en su estudio preliminar a la obra de Carl Schmitt; "Sobre el Parlamentarismo", afirma que: "Esta consideración de la ley, dirá Schmitt, es consustancial con la democracia parlamentaria. Pero ocurre, seguirá diciendo, que en el parlamento de nuestro tiempo es imposible la discusión, la capacidad de mutuo convencimiento, porque allí están representados intereses contrapuestos y, en consecuencia, la ley será sólo la imposición de unos intereses sobre otros o, en el mejor de los casos, la transacción entre intereses, pero nunca el producto racional de la discusión.", Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. XX.

ganancia haciendo valer los propios intereses según las posibilidades, van acompañadas, por supuesto, también de discursos y discusiones, pero no se trata de una discusión en el correcto sentido...La situación del parlamentarismo es hoy tan crítica porque la evolución de la moderna democracia de masas ha convertido la discusión pública que argumenta en una formalidad vacía”¹⁵⁵ Retomar estas críticas al sistema parlamentario de un autor que se manifestó a favor de un sistema autocrático y atacó la democracia, no implican estar de acuerdo con dicha postura radical de derecha, sino permitir, a partir de la observación de estas disfunciones sistémicas, la búsqueda de procedimientos dónde las prácticas discursivas permitan la adopción de medidas o la toma de decisiones como resultado de discusiones racionales.

La votación, como forma de solución del conflicto de intereses, a diferencia del procedimiento discursivo o negociador, como lo explica Elster¹⁵⁶, no es una forma de comunicación, y por ello, como lo afirmaba Schmitt, no permite la racionalización de la decisión adoptada. Se transforma en un método para zanjar un conflicto de manera irracional donde la mayoría se impone a las minorías sin importar los argumentos de cada una.

A esta imposibilidad de la ciudadanía de controlar e intervenir en la discusión, facultad que es apropiada por los representantes y monopolizada por los partidos políticos, ha dado lugar a duras críticas al sistema parlamentario y a la ficción de la representación política.

Esta delegación del ciudadano al gobernante, también ha sido lúcidamente puesta sobre la mesa en un trabajo de Pierre Bourdieu¹⁵⁷ quién analiza el proceso de otorgamiento del poder por parte de los ciudadanos a los representantes, que encarnan o corporizan al grupo de sus mandantes a partir de su existencia como mandatario. Explica que: “Por tanto, esta suerte de acto originario de constitución, en el doble sentido, filósofo-

¹⁵⁵ Schmitt, Carl: “Situación Histórico-Intelectual del Parlamentarismo Hoy”, pág. 8.

¹⁵⁶ Elster, ob. Cit., pág 18; “Adviértase que la discusión y la negociación constituyen formas de comunicación, o sea que son actos de habla, mientras que la votación no lo es.”

¹⁵⁷ Bourdieu, Pierre: “Cosas Dichas”, Editorial Gedisa, p. 158.

fico y político, que representa la delegación es un acto de magia que permite hacer existir lo que no era sino una colección de personas plurales, una serie de individuos yuxtapuestos, bajo la forma de una persona física, una corporación, un cuerpo místico encarnado en uno (o más) cuerpos biológico (s), *corpus corporatum in corpore corporato*.”

Antes de analizar en profundidad el denominado *misterio del ministerio*, por el cual el mandatario se transforma, por delegación inconsciente, en capaz de actuar en sustitución de sus mandantes, Bourdieu describe el acto de delegación de una persona hacia otra del poder de actuar públicamente en el campo de la política en su nombre preguntándose cómo puede ser que el mandatario tenga poder sobre aquel que le da poder.

Quiero detenerme un instante en la utilización del término jurídico *mandato* para explicar el acto de delegación entre el ciudadano y su representante. Este concepto, extraído del campo jurídico para ser aplicado al campo político, significa la relación jurídica en que una persona denominada mandante, atribuye a otra, denominada mandatario, facultad para que, en su nombre y representación, y bajo la responsabilidad del primero, actúe en su nombre.

El código civil argentino en su artículo 1869 dice que: “El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza.” La ley continúa regulando los derechos y obligaciones de ambas partes integrantes de la relación jurídica contractual, mandante y mandatario. Esto supone la presencia de un requisito sin el cual el catálogo de derechos y obligaciones carecería de sentido; la determinación de las partes, es decir, su individualización.

La relación entre elector y elegido, entre mandante y mandatario, en un sistema de voto secreto, impide la posibilidad de conocer o determinar las partes de la relación. Por lo tanto, una vez elegido el representante, éste pierde relación con su elector, es decir sabe que lo eligieron, pero no se sabe quién lo eligió. Por eso no es posible sostener que el elegido representa a tal sector, grupo o personas, no existiendo en vir-

tud de este desconocimiento, obligaciones y derechos por parte de los elegidos y los electores. ¿A quién debe rendir cuentas el legislador o gobernante elegido por el cumplimiento de sus promesas electorales? La respuesta se puede encontrar en nuestra realidad política: a nadie. O, en realidad, a aquellos grupos que se encuentran debidamente individualizados que le permitieron al candidato ser incorporado en la lista, tener la necesaria campaña electoral, contar con los medios económicos para imponer su imagen, realizar los estudios de intereses del electorado, etc. Hasta hace un tiempo los grupos que se apropiaban de la soberanía del pueblo a través de la elección de los candidatos para ocupar los cargos públicos eran los partidos políticos, que durante las campañas electorales ofertaban a los ciudadanos sus catálogos de principios y valores, sus historias de éxitos y derrotas, sus programas de gobierno, sus ideologías, etc, etc. Hoy en día, nuestra realidad política nos demuestra que los tradicionales partidos dejaron de ser la referencia de los candidatos, sólo teniendo como indicadores las modernas estructuras que financian las campañas y que se nos presentan como nuevos partidos políticos.

A pesar de las críticas al sistema representativo aquí expuestas, institucionalmente el poder legislativo es el órgano donde diferentes posturas se debaten en el procedimiento de sanción de las leyes, dando lugar –al menos potencialmente– al desarrollo de prácticas deliberativas.

A diferencia del Legislativo, el Poder Ejecutivo tiene a su cargo la función administrativa, entendida ésta como la actividad que en forma inmediata, permanente, concreta, práctica y normalmente espontánea desarrollan los órganos estatales para alcanzar el bien común, conforme a los regímenes de Derecho Público.¹⁵⁸

En el ámbito del Poder Ejecutivo nacional, como en la mayoría de los Estados provinciales, no existe generalizado un procedimiento de toma de decisiones que incluya algún tipo de discusión donde se expresen diferentes posiciones respecto a una determinada medida de

¹⁵⁸ Cassagne, Juan Carlos, Ob. Cit.

gobierno, siendo aún una excepción la formalización de experiencias como la del presupuesto participativo o institutos de participación como las audiencias públicas.

Como una primera conclusión puedo afirmar que, si bien ambos poderes políticos gozan de similar origen democrático, las prácticas deliberativas para la toma de decisiones públicas institucionalizadas sólo se encuentran formalmente previstas en el procedimiento de sanción de las leyes por parte del Poder Legislativo. Esta posibilidad deliberativa es también posible dentro del legislativo por el hecho que en su seno se encuentran representados, al menos, la mayoría y la primera minoría parlamentaria, a diferencia del ejecutivo, dónde sólo el partido político mayoritario ejerce la función administrativa.

A partir de esta descripción esquemática respecto de la posibilidad de prácticas deliberativas en ambos poderes políticos, quiero destacar un fenómeno que ha sido explicado por Sousa Santos y Avritzer¹⁵⁹ al analizar las concepciones hegemónicas de la democracia en la segunda mitad del siglo XX, consistente en el pasaje, luego de la segunda posguerra, de un Estado mínimo liberal a un Estado Social de Derecho y el correspondiente aumento de funciones del sector público con su correlativa especialización y crecimiento del aparato burocrático.

En el marco del relato de la construcción de una concepción del concepto democracia describen estos autores la forma en que la burocracia se transformó en indispensable introduciéndose en el centro de la teoría sobre la democracia. Destacan así la visión pesimista de Max Weber frente al crecimiento del control de los gobernados por la burocracia, al decir que este autor: "... inauguró esa línea de cuestionamiento de la teoría clásica de la democracia al poner en el interior del debate democrático de principios del siglo lo inevitable de la pérdida de control sobre el proceso de decisión política y económica por los ciudadanos y su control creciente por formas de organización burocrática..."

¹⁵⁹ Sousa Santos, Boaventura y Avritzer, Leonardo; "Introducción: para ampliar el canon democrático".

En esta línea refieren la postura de Bobbio quién radicaliza el argumento Weberiano al afirmar que el ciudadano, al efectuar la opción por la sociedad de consumo y el Estado de Bienestar está desistiendo del control sobre las actividades políticas y económicas a favor de la burocracia pública.

Frente a estas posturas de Weber y Bobbio que imaginan una burocracia homogénea y unidireccional, Sousa Santos y Avritzer vislumbran la posibilidad de toma de decisiones plurales en las que la coordinación de grupos distintos y soluciones diferentes ocurren en el interior de una misma jurisdicción. En el trabajo de referencia, sus autores se encargan de mostrar experiencias que permitieron la construcción de concepciones no hegemónicas de la democracia en la segunda mitad del siglo XX.

En nuestro país, a partir de la recuperación de la democracia, se produjo un fortalecimiento del Poder Ejecutivo, manifestado en la constitucionalización del ejercicio de funciones normativas propias del Poder Legislativo mediante la emisión de Reglamentos delegados y Decretos de necesidad y urgencia. Esta supremacía política del Ejecutivo por sobre el Legislativo agudiza y puede poner en crisis nuestro sistema democrático ya que, como vimos, la administración pública, si bien tiene un origen democrático, es el ámbito institucional donde menor es la injerencia del ciudadano en la toma de decisiones que, por otra parte, se resuelven sin ningún tipo de procedimiento deliberativo.

Si bien es cierto que la complejidad derivada del nacimiento de nuevas funciones sociales en cabeza del estado dio origen a grandes administraciones públicas especializadas que tomaban decisiones sin la participación del ciudadano, también es cierto que, en forma paralela, se desarrollaron los siguientes procesos históricos de soberanía creciente:

- a) Se reconocieron jurídicamente una nueva gama de derechos sociales que generaban la obligación del estado de intervenir en la sociedad prestando servicios para satisfacer las crecientes necesidades de la población (educación, salud, seguridad, alimenta-

ción, vivienda, etc). La incorporación de estos derechos a nuestro ordenamiento jurídico se produjo, en instancia originaria mediante la sanción de la Constitución de 1949, luego mediante la incorporación a la carta magna del artículo 14 bis en la reforma de 1957 y recientemente con la ratificación de un modelo de Estados Social de Derecho en la reforma constitucional de 1994, seguida y profundizada por otras constituciones provinciales (P. ejemplo la de la provincia de Buenos Aires reformada en 1994). Estos derechos comenzaron a ser efectivizados luego de su incorporación expresa a nuestra constitución, mediante la ratificación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos que los garantizaban.

- b) El poder judicial comenzó a intervenir activamente en las decisiones públicas a través del control de constitucionalidad de las leyes (en nuestro país en forma difusa, es decir tal declaración puede ser emitida por cualquier juez) y mediante el control de legalidad del accionar de las administraciones públicas (especialmente mediante el control efectuado por la justicia contencioso administrativa). También las reformas de las Constituciones estatales generalizaron el control de la administración mediante la creación de un nuevo fuero descentralizado con especialidad administrativa. Así desde hace unos años tanto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como en la provincia del mismo nombre, funcionan los juzgados en lo contencioso administrativo que desarrollan una actividad de control de las respectivas administraciones públicas.

Esta combinación entre reconocimiento de derechos sociales y activismo judicial en el control de las acciones del gobierno (denominada por algunos medios judicialización de la política), tanto en su esfera legislativa como administrativa, generó un espacio institucional de discusión racional de las decisiones públicas del gobierno.

Antes de abordar la posibilidad discursiva respecto de las decisiones públicas institucionales en el ámbito del poder judicial, reali-

zaré una descripción de sus funciones y me detendré en el carácter no democrático o contramayoritario de origen que caracteriza a este poder del Estado.

3.2. El Poder Judicial

El Judicial es un poder complejo –integrado por varios órganos– compuesto, porque algunos Tribunales son colegiados, y jerárquico, pues la Constitución califica de “suprema” a la Corte. La función jurisdiccional es una tarea propia del Estado, ejercida por el Poder Judicial, independientemente de los restantes órganos de poder, en especial del presidente de la Nación e indelegable en los particulares. La creación de tribunales inferiores a la Corte suprema de carácter permanente constituye una obligación estatal en cabeza del Poder Legislativo para asegurar la garantía del juez natural.

El sistema jurídico argentino es tributario de dos tradiciones normativas:

- a) Derecho Continental Codificado: El juez es percibido como la boca que pronuncia las palabras de la ley y debe, en consecuencia, resolver conflictos de interés aplicando y, sobre todo, interpretando las normas vigentes con particular deferencia a los motivos y voluntad del legislador. Esta tradición es particularmente fuerte en las llamadas materias de derecho común y codificado. Se considera al juez como un administrador, quien dispensa, entre las partes en controversia, la justicia ya contenida en las normas dictadas por el legislador en quién reside la soberanía popular.
- b) Derecho Norteamericano: Se manifiesta en el diseño del poder que emerge de la Constitución Nacional –escrita, rígida y suprema– y en el cual el Judicial es designado y estructurado como uno de los poderes del Estado. El juez recrea el derecho por vía interpretativa, y se nutre de los precedentes. Además, y sobre todo cuando se trata de los magistrados de la Corte Suprema, expresa la última voz en materia de interpretación de la Cons-

titución, ejerciendo el control de constitucionalidad. Sin duda, en este caso, el papel del juez es político en un doble sentido. En principio, porque al resolver conflictos de interés va desarrollando el derecho y a través de él, desplegando las relaciones sociales. En segundo término, porque al controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, toca a sus hacedores en lo que éstos expresan como decisión política general.

Como se sabe los jueces, en nuestro país, no son elegidos democráticamente, no los elige el pueblo soberano, sino que su nombramiento se produce mediante un procedimiento en el que intervienen el poder político (legislativo y ejecutivo) y, luego de la creación de los consejos de la magistratura, algunos grupos de interés (académicos, abogados, magistrados).

Roberto Gargarella dice que “En la mayoría de las democracias modernas aceptamos como un irremovible dato de la realidad que los jueces revisen lo actuado por el Poder Legislativo o Poder Ejecutivo y que, en caso de encontrar sus decisiones constitucionalmente cuestionables, las invaliden. Sin embargo, la decisión de dejar dicho extraordinario poder en manos de los jueces no resulta obvia o naturalmente aceptable. Menos aún en un sistema republicano democrático, en el que queremos que las decisiones que se tomen reflejen, del modo más adecuado posible, la voluntad mayoritaria.”¹⁶⁰

El poder judicial, siguiendo el modelo constitucional norteamericano, realiza un control difuso sobre la actividad legislativa, mediante la declaración, por parte de cualquier juez, de inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el parlamento. Además, la justicia contencioso administrativa, existente a nivel federal como provincial, realiza un control de legalidad sobre la discrecionalidad de las decisiones tomadas por los poderes ejecutivos nacionales, provinciales y municipales.

¹⁶⁰ Gargarella, Roberto; “Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras”, Claves para todos, editorial Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004.

Así se objetó en el marco del debate sobre los alcances del control judicial de la administración que los jueces deben respetar el papel constitucional que al poder ejecutivo le reserva el sistema político. Al describir este argumento, el catedrático español García de Enterría explica que: “Ese respeto es tanto más exigible en cuanto que, en el Estado democrático y social de Derecho en que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular, han sido colocados en sus puestos por el voto y con la confianza del pueblo para que gestionen sus intereses, lo que hacen en su nombre”.¹⁶¹ Si bien este autor se manifiesta en contra del gobierno de los jueces, su postura auspicia que el poder judicial revise la legalidad del actuar discrecional de la administración y garantice una tutela judicial efectiva a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Si bien es cierto que el poder judicial tiene un origen contramayoritario o no democrático, lo que me interesa destacar es que en su seno se deciden políticas públicas institucionales mediante procedimientos deliberativos que constituyen verdaderas prácticas democráticas.

Este tipo de control judicial de la actividad legislativa y administrativa permite que el juez analice las decisiones tomadas por dichos poderes en ejercicio de las llamadas potestades discrecionales, a la luz de los argumentos expuestos por el particular que impugna la decisión y por el gobernante que la sostiene y que han sido ordenadamente discutidos en el proceso judicial desarrollado en sus estrados.

Los procedimientos judiciales se encuentran previamente regulados por ley, a través de los llamados códigos procesales, y permiten un diálogo entre las posturas de las partes arribando a una decisión que debe inclinarse por el mejor argumento, sin importar si tal decisión tiene el respaldo de las mayorías. Además existe la colaboración de técnicos (peritos), terceros (testigos y *amicus curiae*) y en algunos casos

¹⁶¹ García de Enterría: “Democracia, jueces y control de la administración”, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pág. 34.

relevantes se pueden realizar audiencias públicas, dónde se escucha a todos los interesados.

Recientemente, con la nueva integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), el rol del Poder Judicial respecto de las otrora denominadas *cuestiones políticas no justiciables*, ha sido replanteado interviniendo el máximo tribunal en decisiones públicas de trascendencia cuya competencia le corresponde a los poderes políticos.

4. El funcionamiento del Estado Benefactor y la legitimación del sistema político¹⁶²

El Estado de Bienestar importa una responsabilidad estatal para asegurar unos mínimos básicos de protección social para sus ciudadanos y donde las contingencias individuales se resuelven a través de mecanismos colectivos de carácter corporativo (Sindicatos, mutuales) o estatales (seguridad social, salud y educación pública, etc).¹⁶³

Si bien sus orígenes los hallamos a finales del siglo XIX en la Alemania de Bismark y en su legislación social, su consolidación mundial se concreta en la Europa capitalista de la segunda posguerra mundial fundándose en la doctrina inglesa del *Report Beveridge* y en la política económica Keynesiana.

Esta modificación del papel del Estado se reflejó en un nuevo constitucionalismo que fue calificado como social y que se caracterizó por la inclusión en los textos constitucionales de declaraciones de derechos sociales y económicos que abarcan el ámbito de la educación, la cultura, la familia, el trabajo, la asociación profesional o sindical, la propiedad

¹⁶² Este punto ha sido tomado del trabajo de mi autoría: “La relación entre el sistema institucional de control del poder público y el acceso a la justicia administrativa en la provincia de Buenos Aires”, publicado en el libro colectivo “Acceso a la Justicia”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 47 y sgtes.

¹⁶³ Ampliar en Béjar, Ramón Casilda y Tortosa, José María: “Pros y contras del Estado de Bienestar”, editorial Tecnos, Madrid, 1996.

social, la economía, la minoridad, la ancianidad, la seguridad social, la discapacidad, etc., estableciendo regulaciones de la “cuestión social” referidas a la situación del hombre en función del trabajo y sus relaciones con el capital, las clases sociales, los factores de producción y el Estado. Como explica Bidart Campos; “Por un lado, pues el constitucionalismo acusa una tendencia a marcar la función social de los derechos; por el otro, se preocupa por estructurar un orden social y económico a efectos de que la remoción de obstáculos permita a todos los hombres una igualdad de oportunidades y un ejercicio real y efectivo de las libertades y los derechos subjetivos.”¹⁶⁴

En la Argentina de los años 50', movimientos sociales como el sindicalismo cuyo poder fue potenciado por la ola inmigratoria europea de las primeras décadas del siglo pasado, fundados en ideas socialistas, anarquistas y comunistas, generaron las condiciones necesarias para efectuar un cambio social que modificara las relaciones entre trabajadores y empleadores y reconociera como derechos las necesidades de los sectores sociales más castigados por las disfunciones del mercado.

Luego de la llegada al gobierno de Juan D. Perón, se transformó este modelo de organización estatal, incorporando al sistema jurídico los derechos sociales y modelando un Estado social que se plasmaría en la constitución de 1949.¹⁶⁵ En su andar el peronismo se propuso como meta la armonización de los conflictos sociales y la afirmación del predominio del aparato público por sobre los intereses particulares, objetivo que logró a pesar del exceso de personalismo, su inclinación al autoritarismo, el ataque a la oposición política y la disminución de los controles institucionales del poder. El gobierno que lo sucedió luego de hacerse con el poder mediante el golpe de Estado de 1955 derogó dicha

¹⁶⁴ Bidart Campos, Germán:

¹⁶⁵ Ampliar en Berrotarán, Patricia y otros: “Sueños de bienestar en la nueva Argentina. Estado y políticas públicas durante el peronismo 1946-1955”, Editorial Mago Mund, Buenos Aires, 2004.

ley fundamental rescatando algunos derechos sociales en el artículo 14 bis de la reformada Constitución de 1957.

El “Estado de bienestar” ha dado nacimiento a los “derechos sociales” que, aún cuando han sido consagrados constitucionalmente, no han desarrollado de hecho las formas y garantías con que el Estado de Derecho tuteló a los derechos de libertad y propiedad.

Esta falta de protección jurídica de los derechos sociales (a través de mecanismos institucionales que garanticen su efectivización) repercute negativamente en la categoría de “ciudadanía social” que, según la clásica proposición de TH Marshall, es una de las ideas centrales del Estado de Bienestar.

El concepto de ciudadanía social implica básicamente la concesión a la población de derechos sociales con igual status legal y práctico que los derechos de propiedad, esto es, deben ser inviolables y estar otorgados en forma universal y sin ningún requisito más que ser ciudadano. Esto supone una desmercantilización del status de los individuos con relación al mercado ya que el bienestar de estos no dependerá del circuito monetario. Como explica Gosta Esping-Andersen la desmercantilización se produce cuando se presta un servicio social como un asunto de derecho y cuando una persona puede ganarse la vida sin depender del mercado.

La enunciación constitucional de los derechos sociales a prestaciones públicas positivas no se ha visto acompañada de la elaboración de garantías procesales adecuadas, es decir de técnicas de defensa y de justiciabilidad comparables a las creadas por las garantías liberales para la tutela de los derechos de libertad y propiedad. El desarrollo del Estado de Bienestar en este siglo se ha producido en gran medida a través de la simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos y no por la institución de técnicas de garantía adecuadas a la naturaleza de los nuevos derechos.

Analicemos desde la visión holística de la teoría general de sistemas el nuevo modelo institucional organizado desde la cúspide del ordenamiento jurídico en el marco del sistema social. Este ordenamiento

jurídico funciona como un sistema menor que se encuentra incluido dentro del sistema total sociedad.¹⁶⁶

Los sistemas son conjuntos de elementos que guardan estrechas relaciones entre sí, que mantienen al sistema directa o indirectamente unido de modo más o menos estable y cuyo comportamiento global persigue, normalmente, algún tipo de objetivo. Un sistema es un todo inseparable y no la simple suma de sus partes y esta interrelación de dos o más partes resulta en una cualidad emergente que no se explica por las partes consideradas separadamente. La totalidad del fenómeno no es igual a sus partes, sino algo diferente y superior, por lo que, si pretendemos analizar un fenómeno sistémico tendremos que mirar más allá de sus partes y detenernos en la complejidad de su organización.¹⁶⁷

Cuando empleamos la teoría de sistemas para comprender o estudiar algún fenómeno, es esencial entender que un sistema es ante todo una entidad independiente, no importa que a su vez pertenezca o sea parte de otro sistema mayor, y que, visto así, es a su vez un todo coherente que podemos analizar para mejorar la comprensión de ese fenómeno.

Por eso estudiaremos desde un punto de vista teórico el modelo de sociedad del “Estado Social de Derecho” o “Estado de Bienestar”, con la ayuda de dos autores alemanes que han analizado las contradicciones y los problemas de legitimación del capitalismo tardío europeo.

Para ello recurriremos a la teoría de los sistemas sociales creada por Niklas Luhmann, utilizando el modelo de funcionamiento del capitalismo tardío expuesto por Claus Offe y Jürgen Habermas, quienes encuentran explicación a la incumplida predicción de Carlos Marx referida a la contradicción existente entre “democracia y capitalismo” en el paso del Estado liberal o gendarme al Estado Benefactor. Dejaremos de lado las críticas que, desde la derecha y desde la izquierda, sufrió

¹⁶⁶ Ampliar Bertalanffy, Von L: “Teoría General de Sistemas”, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

¹⁶⁷ Buckley, W: “La Sociología y la Teoría Moderna de los Sistemas”, Editorial Amorrortu, Buenos Aires, 1973.

esta forma de organización estatal en Europa, para detenernos en su modelo teórico de funcionamiento.

El Estado de Bienestar cumplió una función pacificadora de las democracias capitalistas avanzadas para el período subsiguiente a la Segunda Guerra Mundial. Esta fórmula de paz, explica Offe, consiste básicamente en la obligación que asume el Estado de suministrar asistencia y apoyo a los ciudadanos que sufren necesidades y riesgos específicos característicos de la sociedad mercantil; dicha asistencia se suministra en virtud de pretensiones legales otorgadas a los ciudadanos (Derechos sociales). En el Estado de Bienestar cumplen un rol importante los Sindicatos o Gremios que ejercen un papel formal en la negociación colectiva de las condiciones de trabajo como en la formación de planes públicos.¹⁶⁸

Esta composición estructural del Estado de Bienestar tiene la función de limitar y mitigar el conflicto de clases, equilibrando la asimétrica relación de poder entre trabajo y capital, y de ese modo colabora en superar la situación de luchas paralizantes y contradicciones que constituía el rasgo más visible del capitalismo liberal.

En nuestro país, los Estados provinciales dispusieron en sus constituciones locales normas que le dan forma a una organización típica de los estados democráticos de bienestar europeos. Los datos de la realidad no reflejan el predicado “bienestar” de la sociedad. Aquí es donde se nos presenta un problema ya que no existe correspondencia entre lo que se dice y lo que se hace, entre los derechos que se garantizan a los ciudadanos y su efectivo ejercicio, entre los roles activos de los Estados y su tibia intervención en los mercados.

Jürgen Habermas, al analizar las tendencias a la crisis en el capitalismo tardío, expone en un modelo descriptivo del “Estado de bienestar” o “capitalismo regulado por el Estado” sus rasgos estructurales más importantes. Esta forma de organización social, según este filósofo de la Escuela de Francfort, se distingue por dos fenómenos: por un lado, el

¹⁶⁸ Offe, ob cit, pág. 135.

proceso de acumulación de empresas y la organización de los mercados de bienes, de capitales y de trabajo; por el otro, el hecho que el Estado interviene en las crecientes fallas de funcionamiento del mercado.¹⁶⁹

Según Claus Offe; este Estado “se caracteriza, más bien, por estructuras organizativas y constitucionales cuya selectividad específica se ordena a reconciliar y armonizar la economía capitalista organizada privadamente y los procesos de socialización disparados por esta economía”¹⁷⁰

En el último medio siglo el Estado moderno ha asumido funciones nuevas en la inmensa mayoría de países desarrollados, interviniendo en la economía y asumiendo cada día un mayor número de funciones de beneficio social o de interés colectivo.

Esta nueva construcción de un Estado benefactor pretende dejar atrás el modelo de capitalismo liberal y conformar un modelo donde los diferentes sistemas sociales funcionen de la siguiente manera:

Gráfico N° 1



Este modelo sistémico expuesto por Claus Offe y seguido, con algunas variantes, por Habermas, funciona de la siguiente manera: El sistema

¹⁶⁹ Habermas, Jürgen: “Problemas de Legitimación en el capitalismo tardío”, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1998, pág. 49.

¹⁷⁰ Offe, Claus: “Contradicciones en el Estado de Bienestar”, Alianza Editorial, Madrid, 1990., pág. 61 y sgtes.

económico depende de la continua intervención estatal eliminando sus defectos internos de funcionamiento (servicios reguladores); por su parte, el sistema económico transfiere (a través del pago de impuestos) partes del valor producido en él al sistema político-administrativo (recaudación fiscal). El sistema político-administrativo se vincula al sistema socio cultural por las expectativas, demandas y pretensiones a las que se ve enfrentado y ante las cuales reacciona a través de servicios organizativos y otros del Estado de Bienestar (rendimientos sociales del estado). Por otra parte, la autonomía y capacidad de acción del sistema político-administrativo depende de la lealtad de masas (apoyo difuso).¹⁷¹ El sistema político administrativo debe mantener equilibradas las relaciones con los otros dos sistemas para evitar crisis que afecten sus relaciones con ellos (crisis de racionalidad en su relación con el sistema económico¹⁷² y crisis de legitimación en su vinculación con el sistema socio-cultural).¹⁷³

El sistema político administrativo a fin de mantener su legitimidad en el ejercicio del poder debe brindarle al sistema socio cultural los rendimientos sociales del Estado, a cambio de una difusa lealtad de masas.

¹⁷¹ Offe, Claus: Ob. Cit., pág. 61 y sgtes.

¹⁷² Thury Cornejo, Valentín; "Juez y división de poderes hoy", Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires 2002: "La crisis económica o fiscal hace referencia a la tendencia de las demandas de intervención dirigidas al Estado a crecer más rápidamente que las posibilidades para producir respuestas intervencionistas por parte de éste, con lo cual nos introducimos en una de las típicas paradojas del sistema, en la cual se requiere un mayor intervencionismo estatal, pero, si éste se produjera, amenazaría las posibilidades de desarrollo económico del sistema capitalista. El Estado de bienestar, por lo tanto, debe responder a una doble dinámica de mercantilización-demercantilización, según la cual la propia supervivencia del Estado supone su autolimitación frente al sistema capitalista, al mismo tiempo que la morigeración de sus efectos perversos requiere de su intervención operativa" (pág 131).

¹⁷³ Habermas, ob cit, pág. 81: "El ciclo de la crisis distribuido a lo largo del tiempo y de consecuencias sociales cada vez más graves se reemplaza ahora por una inflación y una crisis permanente de las finanzas públicas. Es un problema empírico averiguar si estos fenómenos de reemplazo han logrado dominar con éxito la crisis económica o solo indican su desplazamiento provisional hacia el sistema político. Ello depende, en última instancia, de si el capital invertido de manera indirectamente productiva logra un acrecimiento de la productividad del trabajo suficiente para asegurar la lealtad de masas y, al mismo tiempo, para conservar la marcha

Este tipo de apoyo difuso, según Offe, puede describirse como la capacidad del sistema administrativo para ganarse una auténtica aceptación de sus estructuras, procesos y resultados políticos efectivos.¹⁷⁴

El Fisco, como explica Habermas, debe cargar con los costos comunes de una producción cada vez más socializada: los costos de obras de infraestructura que atañen directamente a la producción (sistemas de comunicaciones, progreso técnico-científico, formación profesional); los costos del consumo social que afecta indirectamente a la producción (construcción de viviendas, acondicionamiento del tránsito, salud pública, educación, seguridad social); los costos de la asistencia social (planes y subsidios para desempleados) y, por último, los costos externos generados por las empresas privadas (deterioro del ambiente). A esta lista hay que agregarle, para países del tercer mundo como el nuestro, el costo del pago de deuda externa (Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional)¹⁷⁵. Todo ello debe financiarse con lo recaudado del cobro de impuestos.

5. La justicia administrativa como canal institucional de participación ciudadana

Desde el nacimiento de las sociedades modernas la limitación y control del poder constituyó una meta de los sistemas políticos democráticos¹⁷⁶. Como ya vimos, en el plano institucional, la división de poderes¹⁷⁷ es

¹⁷⁴ Offe, Claus, Ob. Cit., pág. 69.

¹⁷⁵ Ampliar en: Lozada, Salvador María, "La deuda externa y el desguace del Estado nacional", Edicio

¹⁷⁶ Ampliar en Abril, Ernesto; "Las limitaciones del Soberano", B.E.F.D.P, Mexico, DF, 1998.

¹⁷⁷ A pesar de la división de poderes, el poder del Estado, es percibido por los ciudadanos, como único. Así lo expresó Villegas Basavilbaso (Benjamin "Derecho Administrativo" Tº V, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, pág. 97) quien en un pasaje sumamente ilustrativo expresó: "El poder del Estado es unívoco. Impone su voluntad a los individuos por medio de órganos especializados, a los cuales se atribuyen por el ordenamiento constitucional determinadas funciones. Como ya se ha manifestado, el

por antonomasia, la técnica clásica más eficaz de control que se encuentra disponible en los países civilizados, idea originada en los pensadores pre-revolucionarios¹⁷⁸ que a fines del siglo XVIII buscaron racionalizar el gobierno y limitar las facultades absolutas del monarca¹⁷⁹.

Fue el derecho constitucional en su devenir histórico, quien tuvo la misión de instrumentar los medios para hacer efectivo ese control del poder, utilizando a tal fin, diversas técnicas jurídicas¹⁸⁰

Esta función del poder judicial puede ser incluida en el modelo de relación sistémica entre la organización política administrativa estatal y la sociedad civil (gráfico N° 2), identificando las etapas del proceso (en sentido amplio, no jurídico) en las que se deben efectivizar las garantías del concepto de tutela judicial efectiva (acceso a la justicia, garantías durante el proceso y garantías de efectivo cumplimiento de la decisión judicial), agregando a estas consideraciones las alternativas racionales en que se puede expresar la conducta de la sociedad frente al gobierno.

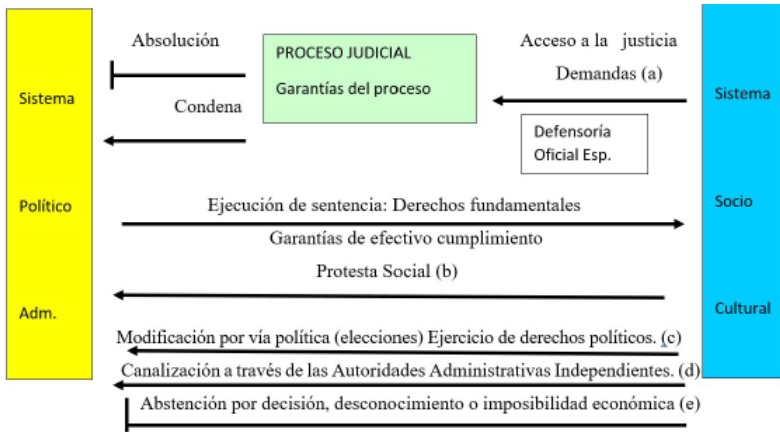
poder en sí mismo no puede ser objeto de división ni de partición; su desmembración no podría cambiar su substancia”.

¹⁷⁸ Ampliar en García de Enterría, Eduardo “Revolución Francesa y Administración Contemporánea”, Civitas, Madrid 1994.

¹⁷⁹ “La idea de someter el Poder sistemáticamente a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho –afirmó García de Enterría– es una idea que surge del Estado montado por la Revolución Francesa, pero que aparece de manera ocasional” Conf. García de Enterría, Eduardo “La Lucha contra las inmunidades del Poder”, Revista de Administración Pública Español (RAP), N° 38 y posteriormente editado como libro, en Civitas, Madrid, 1974 y reeditado por la misma editorial en 1995, quien afirmó (págs. 13 y sgts. de la reedición de 1995).

¹⁸⁰ Ziulu, Adolfo Gabino, “Derecho Constitucional” ob. cit., T° I, pág. 41, explicó que “[e]l constitucionalismo es el proceso histórico en virtud del cual se van incorporando, a las leyes principales de los Estados, disposiciones que protegen la libertad y la dignidad del hombre, y limitan adecuadamente el ejercicio del poder público”. Molas, Isidre por su parte (“Derecho Constitucional”, Tecnos S.A, Madrid, 1998, pág. 31) dijo al efecto que “[a]sí apareció el constitucionalismo, que ha comprendido distintas orientaciones ideológicas y políticas, con el fin de situar al Estado bajo el control de los miembros de la comunidad y garantizar la seguridad en el disfrute de los derechos de la persona, es decir eliminar la arbitrariedad del poder”.

Gráfico N° 2



En este modelo esquemático se puede observar cómo la disconformidad social, producto de la incompleta satisfacción de las expectativas creadas, se puede canalizar en cuatro tipos ideales de acción social: a) Conducta de reclamo judicial que se expresa a través del inicio de una demanda solicitando el reconocimiento de un derecho ante el poder judicial. Esta acción debiera ser facilitada por la presencia de defensorías oficiales especializadas en derecho público. b) Conducta de protesta social intentando modificar las decisiones gubernamentales y/o transformar el sistema político institucional. c) Conducta político electoral, ejerciendo el derecho político del voto y tratando de modificar las políticas estatales a partir del cambio de los actores políticos. d) Conducta de canalización a través de las Autoridades Administrativas Independientes. e) Conducta de abstención social por decisión propia, desconocimiento de los derechos que le asisten o imposibilidad económica de utilizar las vías judiciales.

¿Todas aquellas situaciones que generan disconformidad social pueden ser canalizadas indistintamente por estos cuatro tipos de conductas positivas (a, b, c y d)?

En un Estado social democrático de derecho como el formalmente establecido en nuestra constitución, la respuesta a esta pregunta debe ser afirmativa ya que el ordenamiento jurídico ha reconocido los derechos individuales, los derechos políticos, los derechos sociales y por último los llamados derechos de tercera generación (protección de género, medio ambiente, patrimonio cultural, etc.).

La experiencia de nuestra nación en su reciente historia política, nos muestra que las protestas sociales que se iniciaron durante la década del 90, adoptaron novedosas formas y modalidades como cortes de ruta, piquetes, asambleas barriales, etc.

En la mayoría de los casos la disconformidad se funda en la exclusión y pobreza a que fueron sometidos determinados grupos de ciudadanos por las políticas neoliberales del gobierno del Presidente Carlos Menem. Todos los reclamos tenían como objeto la satisfacción de un derecho social (Alimentación, salud, vivienda, trabajo, etc.) y estaban dirigidos a obtener la intervención directa del Estado para resolver su problemática.

Como lo explica en informe del CELS sobre “El Estado frente a la protesta social. 1996-2002”, “A diferencia de la huelga –que suele expresar un conflicto privado entre empleadores y empleados– en los cortes de ruta siempre se interpela a los funcionario del Gobierno porque se trata de reclamos que exigen la intervención directa del Estado al cuestionar la cosa pública...”¹⁸¹ Los piqueteros usaron el espacio público para exigir a los representantes de los poderes del Estado respuestas concretas a problemas concretos.

Estas formas de protesta fueron utilizadas por los sectores excluidos y por grupos territoriales de diferentes partidos de izquierda como herramienta para modificar su situación y obtener una efectiva satisfacción de sus necesidades, muchas veces, vitales.

¹⁸¹ Centro de Estudios Legales y Sociales: “El Estado frente a la protesta social”, Siglo XXI Editores Argentina S.A., Buenos Aires, 2003, pág. 21.

La respuesta del Estado frente a la protesta social, desde el derecho, se ha encargado de criminalizar las conductas de los sectores sociales reclamantes calificando los actos de protesta como ilícitos penales.

Independientemente de la legitimidad del uso de cualquiera de las vías expuestas frente a la disconformidad del ciudadano con el sistema social, consideramos que la utilización del reclamo judicial (a) puede brindar, en ciertas condiciones, resultados concretos en un corto plazo y con la posibilidad de generar en el ámbito procesal un genuino intercambio de argumentos y razones respecto de los derechos fundamentales en juego.

La inexistencia en la práctica de todos los canales de conductas positivas institucionalizadas (a, c y d) recargan tanto la conducta positiva no institucionalizada (b) como la conducta negativa (e).

Un ejemplo concreto de la canalización institucional de los reclamos ciudadanos fue la masiva interposición de acciones judiciales de amparo ante la Justicia Federal por parte de los ahorristas argentinos cuyos depósitos bancarios fueron retenidos por las instituciones crediticias, en virtud de una decisión del Gobierno nacional materializada a través de los Decretos 1570/01, 214/02 y 320/02.¹⁸²

Como lo explica Agustín Gordillo, esta medida económica dictada por el Poder Ejecutivo Nacional, conocida como “corralito”; “...llevó a una multiplicación de acciones que –según algunas cuentas; nadie lo sabe exactamente– deben andar por las doscientas mil, doscientas veinte mil acciones de amparo por el corralito solamente...El magistrado tiene que resolver todo. Los casos son enormemente diversos y numerosísimos, pero por su parte la administración pública no hace absolutamente nada, ni siquiera arregla por lo menos los problemas que la propia norma contempla. Ella no los resuelve y los Bancos tampoco...”¹⁸³

¹⁸² Ampliar en el trabajo de Mauricio Obarrio: “La acción de amparo en la emergencia”, en la obra colectiva “El derecho administrativo de la emergencia, III”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, pág. 77 y sgtes.

¹⁸³ Gordillo, Agustín: “Justicia Federal y Emergencia Económica”, publicado en la obra colectiva “Control de la Administración Pública”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, pág.117 y sgtes.

Dafne Soledad Ahe describió esta situación diciendo que: “Si bien no se poseen datos exactos, ha sido reconocido por el Fuero Contencioso Administrativo Federal el inicio de 120.000 causas promovidas para impugnar las normas legales y complementarias que establecieron restricciones cuantitativas y cualitativas para el retiro de depósitos constituidos en el sistema financiero de las cuales fueron remitidas a los Juzgados de Primera instancia sólo 65.000. Sin embargo, se estima que faltan ingresar al sistema informático de la Secretaría General del Fuero Contencioso Administrativo Federal alrededor de 50.000 o 70.000 causas más. Estas 120.000 (leáse amparos con medidas cautelares, medidas cautelares autónomas o amparos ley 16.986) deberán ser atendidas y resueltas por doce jueces...Estamos frente a más de 120.000 proceso que necesitan y reclaman una resolución rápida”.¹⁸⁴

Finalmente, el Poder Judicial Federal dio respuestas a esta avalancha de demandas presentadas por los ciudadanos que consideraban que la medida tomada por el Estado Nacional afectaba sus derechos constitucionales.

¿Qué hubiera sucedido si no existiese la posibilidad de reclamar por sus derechos por la vía judicial del amparo?

La respuesta obvia también la encontramos en palabras de Gordillo quien dijo: “Si el Banco no le paga a la gente que tiene la edad prevista por la norma para que le paguen; si el Banco no le paga a los enfermos; si el Banco Central, con la oficina que creó, no atiende y no resuelve las cosas, ¿qué quiere, que la gente realmente empiece a los tiros de verdad contra sí mismo o contra el que tenga adelante? No provoquemos la furia colectiva y estas no son palabras mías; lo dice el propio presidente de la Nación y lo dicen todos los funcionarios públicos y extranjeros: no provoquemos la ira de la gente; no la provoquemos en demasía. Ellos mismos están teniendo miedo a la furia popular, pero igual atizan el

¹⁸⁴ Ahe, Dafne Soledad: “La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo”, publicado en la obra colectiva “El derecho administrativo de la emergencia, I”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2002, pág. 41 y sgtes.

fuego no resolviendo en sede administrativa ni bancaria y, el colmo de los colmos, se queja que la justicia los resuelva...”

La justicia administrativa es la encargada de efectuar el control de la actividad estatal e intervenir en los conflictos que se produzcan entre los particulares y la administración pública, buscando la protección de todos los derechos que el ordenamiento les garantiza a los ciudadanos. Es de esta forma que los ciudadanos participan institucionalmente controlando la forma en que la clase política gestiona los intereses de la comunidad.

6. Un poder judicial para profundizar nuestra democracia

En éste acápite final del primer capítulo de mi tesis he tratado de demostrar que el Poder Judicial, en especial la justicia contencioso administrativa, a pesar de no tener una legitimidad democrática de origen, posibilita prácticas concretas de toma de decisiones mediante procedimientos propios de la democracia deliberativa.

El **componente democrático** de esta intervención está dado por la posibilidad que tiene cualquier ciudadano, sin importar su poder político o económico (siempre que funcionen bien los órganos estatales de asesoramiento y representación jurídica gratuita), de abrir la discusión en el ámbito judicial, acceder a la justicia, y exponer sus argumentos en contra o a favor de una determinada decisión pública institucional.

El **componente deliberativo** se encuentra, tanto en la estructura del propio proceso judicial, como en la realización de audiencias públicas donde no sólo participan las partes sino dónde también intervienen terceros, interesados y *amicus curiae*.

Refiere Habermas que la teoría discursiva, a diferencia de la concepción liberal y la republicana, entiende que los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y de la voluntad funcionan como la más importantes exclusas para la

racionalización discursiva de las decisiones de un gobierno y de una administración sujetos al derecho y a la ley.¹⁸⁵

A diferencia de las prácticas deliberativas que se desarrollan en el Poder Legislativo (En tanto órgano central del sistema representativo) en el procedimiento judicial las partes de la relación procesal se encuentran identificadas, los ciudadanos recuperan la palabra, hablan por sí mismos, libremente exponen sus argumentos, cuentan sus necesidades y exigen sus derechos, frente a la administración, en un pie de igualdad formal garantizado por el principio de *igualdad de armas*. Aquí no importa el peso político del accionante sino sus razones, no interesa si el reclamo proviene de un sector minoritario y excluido de la sociedad (presos, enfermos, minorías sexuales, desocupados, cartoneros, etc.) lo que importa son sus argumentos, en fin, sus derechos¹⁸⁶.

En nuestro sistema representativo es difícil que estos grupos minoritarios encuentren la respuesta de aquellos candidatos a quienes votaron en la última elección y que, según reza nuestra constitución, los representan y gobiernan. La acción judicial es una estrategia más para que estas personas puedan decir presente e intervenir en la arena pública con una voz propia, recuperando así su identidad política y rompiendo el conjuro mágico de la representación.

Pienso que aquel ciudadano que percibe que el Estado no está actuando correctamente, ya sea porque el accionar de la administración lesiona sus derechos o porque la omisión de ésta genera un incumplimiento de su obligación prestacional, y canaliza su disconformidad a través de la interposición de una acción judicial, está participando, de una forma racional y activamente, en la gestión de la cosa pública.

¹⁸⁵ Habermas, Jürgen: “La inclusión del otro. Estudios de teoría política”, Editorial Paidós, Barcelona, 1999, pág. 244.

¹⁸⁶ Dejo aclarado que, si bien esto teóricamente es así, el correcto funcionamiento del poder judicial se encuentra directamente vinculado con la forma de elección de los jueces y con su real independencia del poder político que lo nombra. Es un ejemplo de independencia judicial la actual integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siendo su contracara la llamada Corte de la *mayoría automática* del gobierno de Carlos Saúl Menem.

Es por intermedio del poder judicial, con jueces activistas, garantistas e independiente del poder político y económico, que el ciudadano obtiene alguna respuesta a su problema, inquietud o necesidad. Aún en el caso de no prosperar su demanda, el ciudadano obtiene una explicación argumentada y con fundamentos del rechazo a su pretensión, recreándose con cada acción judicial un modelo de acción comunicativa racional entre el particular y el Estado.

El rol del juez adquiere relevancia en este proceso de transformación –que pretense ser igualitario– y en la construcción de un modelo de activismo judicial garantista como práctica emancipatoria.

Retomando los argumentos de Duquelsky Gómez, en sus palabras: “En un ámbito y en un momento donde buena parte del poder judicial, desde una pretendida neutralidad técnica, generalizaba prácticas legitimantes de continua restricción de derechos, ser alternativo, garantista y activista constituyeron sinónimos. Alternativo, para oponerse a las prácticas judiciales mayoritarias; garantista para tomarse en serio principios como la presunción de inocencia y activistas para obligar a los poderes públicos a cumplir con sus deberes con los más desaventajados de la sociedad. Porque, más allá de cualquier dialéctica, real o aparente, un juez democrático –aquel cuya legitimidad radica precisamente en la democracia sustancial– indefectiblemente deberá orientar sus decisiones al efectivo goce de los derechos fundamentales de todos y, sobre todo, de los más vulnerables.”¹⁸⁷

El juez que, a partir de dicha acción interpuesta por un particular, solicita un informe a la administración, le ordena que cumpla con las obligaciones por ella asumidas, anula un acto viciado en sus elementos, condena a indemnizar a un ciudadano, manda a prestar un servicio o le impone el cumplimiento de un plazo legal, está dando una respuesta positiva a la demanda del ciudadano y está ayudando al Estado a administrar mejor.

¹⁸⁷ Duquelsky Gómez, Diego, “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018) ISSN: 0214-8676 pp. 193-209. Ver también, Trionfetti, Víctor Rodolfo, “El Juez Poscolonial”, RC D 423/2016.

El principio de igualdad y no discriminación

I. Introducción

Como quedó evidenciado en el capítulo anterior, las diversas posturas ideológicas sobre la justicia determinan la posibilidad –o imposibilidad– de construcción teórica de las tutelas procesales diferenciadas en los juicios contra el Estado, así como sus alcances, características y límites. El hecho que en un futuro estas reglas procesales puedan ser puestas en funcionamiento real en una regulación procesal administrativa, digamos positivizadas en un sistema institucional democráticamente aceptado, de alguna forma, derivan del resultado que en el campo jurídico arroje la lucha por el sentido que deba dársele –en el ámbito del derecho–, a los procesos judiciales, a la protección de los grupos vulnerables y a la efectivización de los derechos fundamentales.

Algo similar ocurre con el principio de igualdad, reconocido constitucionalmente y expresamente legislado en nuestro ordenamiento jurídico, ya que la interpretación que hagamos del mismo nos llevará a poder justificar el instituto procesal propuesto en esta obra o a su

rotunda negación por violentar otra visión de la igualdad plasmada en la Constitución Nacional.

Resulta inocultable que, en nuestro país, al igual que en la región, la desigualdad social es un fenómeno histórico que golpea en la realidad de miles y miles de personas de carne y hueso que padecen exclusión económica y no gozan de la mayoría de los derechos reconocidos en la constitución y las leyes. Las soluciones que el derecho ha provisto hasta estos días no resultaron efectivas para mitigar este problema y, como veremos, el principio de igualdad, desde una óptica jurídica diferente a la tradicional, puede ser una herramienta en pos de lograr algún grado mayor de justicia social.

La igualdad es un principio regulador de todo el sistema de derechos y se caracteriza por ser una herramienta de mediación entre diversas situaciones y regulaciones normativas que impactan necesariamente en el universo de sujetos abarcados por un determinado sistema jurídico. Por ello, si bien la igualdad es designada como un *derecho*, su constitución estructural es determinada por la necesidad del “otro” –individual o grupal– contra el que confrontar una determinada y concreta situación o regulación estatal.

II. El problema de la desigualdad real abordado desde la Ciencias Sociales

En este segundo punto, intentaré realizar una lectura general respecto de distintas posiciones respecto del fenómeno real de la desigualdad social, ya sea desde una mirada sociológica, política, económica o filosófica. De esta forma tendremos una instancia panorámica previa al ingreso del análisis del principio o derecho a la igualdad, dentro del campo jurídico.

El fenómeno social de la desigualdad es complejo, pero sus consecuencias son sencillas de percibir por todos. Goran Therborn, en un libro con un sugestivo título (Los campos de exterminio de la des-

igualdad) lo explica crudamente: “La desigualdad es una violación a la dignidad humana porque deniega la posibilidad de que todos los seres humanos desarrollen sus capacidades. La desigualdad toma muchas formas y surte muchos efectos: muerte prematura, mala salud, humillación, sujeción, discriminación, exclusión del conocimiento o de la vida social predominante, pobreza, impotencia, estrés, inseguridad, falta de orgullo propio y de confianza en uno mismo, sustracción de oportunidades y chances vitales. De allí que la desigualdad no sea solo una cuestión de billetera: es un ordenamiento socio cultural que (para la mayoría de nosotros) reduce nuestras capacidades de funcionar como seres humanos, nuestra salud, nuestro amor propio, nuestro sentido de identidad, así como nuestros recursos para actuar y participar en el mundo”¹⁸⁸.

Es por todos nosotros conocida la concreta respuesta que desde la política internacional, las instituciones estatales y el campo jurídico se dio al fenómeno de las experiencias de exterminio masivo de personas, por ejemplo durante la segunda guerra mundial o en distintos períodos de dictaduras en nuestro continente o en purgas o persecuciones de pueblos enteros a través de todo el planeta, pero las terribles consecuencias que la desigualdad económica y social generan no recibieron una respuesta tan tajante a pesar que en sus resultados de pobreza y exclusión pueden asimilarse a un exterminio. Posiblemente la diferencia entre uno y otro caso esté justamente en la intención –o dolo– de sus responsables en generar el daño, más que en los mecanismos utilizados o en sus consecuencias. Como veremos, el abordaje estructural de la desigualdad –dentro del campo jurídico– se dirige a intentar revertir discriminaciones sistémicas que carecen de una voluntad o conducta cuya intención sea generar desigualdad.

¹⁸⁸ Therbon, Goran: Los campos de exterminio de la desigualdad, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2015, p. 9.

1. Igualdad material o sustancial e igualdad formal

Una primer distinción que corresponde efectuar es entre aquellos casos en los que se somete al criterio de igualdad una determinada situación real, concreta, fáctica en la que se diferencian dos personas o grupos (igualdad material) y aquellos otros en los que la diferencia a evaluar es respecto del accionar estatal, manifestado ya sea a través de una decisión administrativa, una política pública o una regulación normativa –tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo– (igualdad formal o igualdad ante la ley).

Adelanto que aquí analizare teóricamente la igualdad vinculada al escrutinio de la actividad pública respecto de los ciudadanos y grupos sociales –igualdad formal o ante la ley–, realizando previamente un muy breve estudio de todo lo relativo a la igualdad material, por tratarse de circunstancias de la realidad que son reflexionadas por la sociología y la filosofía política, por ser la igualdad social una aspiración– en principio– general de justicia social.

Así, en primera instancia, quisiera echar un vistazo a la forma en que esta cuestión es trabajada por algunos cultores de la sociología y la economía, para enmarcar este estudio en un abanico más amplio –aunque superficial– de miradas desde las ciencias sociales. Como sostiene Piketty, la historia económica y social de nuestras sociedades nos demuestra que la desigualdad es, ante todo, una construcción social, histórica y política.¹⁸⁹

Goran Therborn repasa el tratamiento que desde la sociología se dio al problema de la desigualdad, afirmando que: “La sociología clásica no hizo foco en la desigualdad, mientras que en la sociología estadouni-

¹⁸⁹ Piketty, Thomas, Una breve historia de la igualdad, Paidós, Buenos Aires, 2022. Dice: “para un mismo desarrollo económico o tecnológico, existen siempre múltiples formas de organizar un régimen de propiedad o un régimen de fronteras, un sistema social y político, un régimen fiscal y educativo. Sol elecciones de naturaleza política. Dependen del estado de los equilibrios del poder entre los distintos grupos sociales y las distintas visiones del mundo implicadas, y dan lugar a niveles y estructuras de desigualdad extremadamente variables según las sociedades y las épocas”, p.18 y sgtes.

dense de las décadas posteriores a la segunda Guerra Mundial fue necesario esperar hasta mediados de los años sesenta para que la corriente principal expresara alguna preocupación por el tema... Todo indica que esta abdicación de la sociología, la menos delimitada y la más generosa de las ciencias sociales, está ahora llegando a su fin”¹⁹⁰.

Además de estos análisis teóricos y generales, en tanto abordan la problemática a nivel universal, me ha resultado de mucha utilidad consultar algunos trabajos empíricos situados en nuestro país sobre los niveles y proporciones de desigualdad real. Así, para tener un panorama muy detallado, relativamente actualizado, de la situación de desigualdad real en nuestro país, consulté el trabajo abordado en una investigación del CONICET, con un profundo análisis sociológico y económico de datos, por Gabriel Kessler en el que estudia los resultados de las políticas para alcanzar la igualdad en nuestro país durante el decenio 2003-2013¹⁹¹.

Concluyó su estudio analítico y multidimensional de la igualdad real en la Argentina contemporánea, en el que explora lo sucedido con las desigualdades de ingresos, educación, salud, vivienda, infraestructura, inequidades territoriales y seguridad, con el siguiente texto: “Para finalizar, y esto va más allá de la mirada sobre la acción del Estado o de un gobierno, pensamos que Argentina es hoy menos desigual porque la igualdad está instalada, como una demanda creciente de gran parte de la sociedad, omnipresente en el lenguaje de las reivindicaciones y en la lente con la que se miran, evalúan y critican distintas situaciones políticas. La igualdad como promesa, lo sabemos, es siempre frágil; es una noción exigente y rara vez –o solo en forma temporaria al conseguirse ciertos logros– puede verse satisfecha. No es propiedad exclusiva de nadie, es terreno de disputas; pero, en tanto motor de luchas y fuente de descontento es un plafón para nuevas reivindicaciones y mayor

¹⁹⁰ Therbon, Goran: Los campos de exterminio de la desigualdad, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2015, p. 9.

¹⁹¹ Kessler, Gabriel: Controversias sobre la desigualdad. Argentina, 2003-2013, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014.

igualdad futura. La búsqueda de la igualdad ha vuelto a ser legitimada, en una amplia gama de temas, como un profundo impulso de luchas, logros y descontentos, y ha unido reivindicaciones distintas tales como mejoras salariales o promulgación del matrimonio igualitario.”¹⁹²

Este trabajo se puede complementar –y actualizar– con la publicación del libro “La Argentina en el Siglo XXI. Cómo somos, vivimos y convivimos en una sociedad desigual”, coordinado por Juan Ignacio Piovani y Agustín Salvia, en el que efectúan un análisis de los resultados de la Encuesta Nacional sobre la Estructura Social realizada dentro de un programa en el que participan casi cincuenta unidades académicas de universidades públicas de todo el país, con financiación del Estado Nacional.¹⁹³ Los trabajos que lo integran abordan con rigor científico la estructura social argentina –a partir de los datos relevados durante los años 2014 y 2015–, las condiciones de vida de sus habitantes y las experiencia de sus grupos sociales, en especial los más vulnerables. Si bien, por las razones antes expuestas este libro no abordará la desigualdad real en nuestro país, sí recurrirá a algunos de los capítulos referidos a la discriminación y los grupos sociales más afectados por ella.

Estas dos investigaciones cuantitativas y cualitativas que detallan el estado de situación fáctico de la desigualdad material en la Argentina, si bien no serán objeto de análisis central y concreto de esta investigación, resultan fundamentales para situar el abordaje teórico –desde el campo del derecho– a la igualdad jurídica. Si la desigualdad real en nuestro país no fuera un flagelo concreto y lacerante, esta investigación tendría poco sentido de existir.

A nivel regional, la desigualdad también es un problema acuciante, como lo desarrolla Juan Pablo Pérez Sáinz en su libro sobre la historia de la desigualdad en América Latina, en el que concluye que “a lo largo

¹⁹² Kessler, Gabriel: *Controversias sobre la desigualdad. Argentina, 2003-2013*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014, p.351.

¹⁹³ Piovani, Juan Ignacio y Salvia, Agustín (Coordinadores), *La Argentina en el Siglo XXI. Cómo somos, vivimos y convivimos en una sociedad desigual*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2018.

de la historia del desarrollo del capitalismo en la región, con la excepción relativa del momento de modernización nacional, las diferencias se procesaron mediante la inferiorización a la asimilación no generosa con la constitución de pares categoriales que acabaron acoplándose con las dinámicas de clase, lo que reforzó y perpetuó las desigualdades de excedente...A partir de sus estrategias de inferiorización y de la asimilación no generosa, las elites desempoderaron a los otros subalternos (mujer, indígena, afrodescendiente, inmigrante, etc.) al despojarlos de una condición plena de ciudadanía; esto les impidió acceder a recursos que permitiesen la acumulación o los condenó al trabajo, les negó empleo y propició una mayor explotación.”¹⁹⁴

La desigualdad real también ha sido un fenómeno abordado por las ciencias económicas, tanto a nivel internacional, como en nuestro país y región, alarmados por la creciente brecha entre los más ricos y los más pobres, en un contexto de un capitalismo globalizado y –prácticamente– sin modelo competitivo que se le oponga.

El economista francés, Thomas Piketty ha irrumpido, tanto en la academia como en las sociedades a nivel mundial, con su obra más difundida, “El Capital en el siglo XXI”¹⁹⁵, y más reciente –ya dando tratamiento al problema de la desigualdad– en su obra “La economía de las desigualdades”, ambas publicadas en español en Argentina. Este autor analiza los mecanismos socioeconómicos que producen la desigualdad –centralmente en las sociedades del primer mundo–, evaluando los distintos mecanismos estatales del sistema capitalista para lograr una redistribución más justa y eficaz, con el objetivo de alcanzar mejores guarismos de igualdad social.

Resulta muy ilustrativo cómo, desde la economía se analizan los distintos mecanismos de distribución en una determinada sociedad, a partir de un previo posicionamiento ideológico. Dice Piketty: “El

¹⁹⁴ Pérez Sáinz, Juan Pablo, Una historia de la desigualdad en América Latina. La barbarie de los mercados desde el siglo XIX hasta hoy, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2016, p. 259 y sgtes.

¹⁹⁵ Piketty, Thomas: El Capital en el Siglo XXI, Editorial Siglos XXI, Buenos Aires, 2016.

ejemplo de este conflicto izquierda/derecha muestra en especial la importancia de la oposición entre distintos tipos de redistribución, diferentes herramientas de la redistribución. ¿Hay que dejar que el mercado y su sistema de precios operen libremente, y conformarse con redistribuir mediante impuesto o transferencias fiscales? ¿O hay que intentar modificar en forma estructural el modo en que las fuerzas de mercado producen la desigualdad? En el lenguaje de los economistas, esta oposición corresponde a la diferencia entre redistribución pura y redistribución eficaz.”¹⁹⁶.

Por su parte, otro economista francés, Rober Boyer, realiza un estudio de los mundos de la desigualdad, a partir de la teoría de la regulación y en respuesta a los planteos de Piketty, sostiene que su planteo de crecimiento de la desigualdad a largo plazo –considerado históricamente– es errado ya que en cada contexto nacional existe un espacio de reacción política que puede modificar dicha expectativa negativa respecto de la igualdad.

Muy recientemente, en el año 2024, los economistas Daron Acemoglu, Simán Johnson y James Robinson obtuvieron el Premio Nobel de Economía¹⁹⁷, por el estudio que realizaron sobre los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza de los países en el mundo, guiados por la pregunta sobre las razones del fracaso o éxito de las naciones, partiendo de la premisa que “para comprender por qué existe esta desigualdad en el mundo actual, tenemos que hurgar en el pasado y estudiar las dinámicas históricas de las sociedades”¹⁹⁸.

Acemoglu y Robinson sostienen en un análisis histórico del desarrollo y progreso de las naciones que las ideas políticas, reflejadas

¹⁹⁶ Piketty, Thomas: La economía de las desigualdades. Cómo implementar una distribución justa y eficaz de la riqueza, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, p.11.

¹⁹⁷ Los economistas Daron Acemoglu, Simon Johnson y James A. Robinson resultaron los ganadores del Premio Nobel 2024 en Economía por sus estudios que se basaron en la idea de que las sociedades con un Estado de derecho deficiente e instituciones que explotan a la población no generan crecimiento ni cambios para mejor.

¹⁹⁸ Acemoglu, Daron y Robinson, James A; ¿Por qué fracasan los Países?, Booket, Buenos Aires, 2024.

en sus instituciones, son las que determinan las políticas económicas de cada país y, por ello, en su crecimiento, progreso y superación de la pobreza.

En el primer capítulo, analizan el desarrollo histórico de Estados Unidos y México, haciendo foco en la ciudad de Nogales que, ubicada en su límite común, se divide entre ambas naciones (Arizona en el país del norte y Sonora en el sureño) donde la primera mitad es parte de una nación desarrollada y la segunda mitad, parte del subdesarrollo y advierten que “vivimos en un mundo que no es igualitario. Las diferencias que existen entre los países son similares a las que hay entre las dos partes de Nogales, pero a mayor escala. En los países ricos, las personas están más sanas, viven más tiempo y tienen unos niveles de educación más altos. Asimismo, pueden acceder a una serie de comodidades y opciones en la vida, desde vacaciones hasta carreras profesionales, con las que las personas de los países pobres sólo pueden soñar. Además, los habitantes de los países ricos conducen carreteras sin baches y disfrutan de lavabos, electricidad y agua corriente en sus hogares. Normalmente, sus gobiernos no los detienen ni los hostigan arbitrariamente; al contrario, les proporcionan servicios que incluyen educación, atención sanitaria, carreteras y ley y orden. También hay que señalar que los ciudadanos votan en las elecciones y tienen cierta voz en la decisión política que toman sus países”¹⁹⁹.

La desigualdad entre los países, se deriva de su pobreza y falta de desarrollo, y estas circunstancias no están determinadas por razones geográficas, climáticas o culturales, sino por las diferencias en sus instituciones políticas que, como bien conocemos, se construyen desde la redacción de sus constituciones hasta la regulación de las normas jurídicas más específicas y concretas. En la investigación está presente la idea de democracia liberal y estado de derecho, considerando sus autores que resultan factores claves para promover el desarrollo y creci-

¹⁹⁹ Acemoglu, Daron y Robinson, James A; ¿Por qué fracasan los Países?, Booket, Buenos Aires, 2024.

miento de las sociedades estudiadas. Volviendo a la comparación entre los mencionados países, afirman que “debería ser evidente que no es casualidad que fuera en Estados Unidos, y no en México, donde se adoptó y entro en vigor una constitución que incluía principios democráticos, creaba límites al uso del poder político y repartía dicho poder ampliamente entre la sociedad.”²⁰⁰

Un estudio con una metodología similar es el que realizó Mariana Mazzucato al describir el rol del sector público en el proceso de crecimiento y desarrollo de los países, analizando casos en que distintos Estados, en períodos de tiempo y lugar concretos, a través de regulaciones de mercado influyeron en la creación y apertura de nuevas áreas y sectores para la creación de riqueza²⁰¹.

Ingresar al estudio de la desigualdad, en sus distintos niveles y concepciones, requiere necesariamente hacer interactuar las construcciones de los distintos campos en los que se discute por su sentido, ya sea en el campo político, en el campo económico o en el campo jurídico. Los economistas recientemente premiados realizan un estudio histórico social, con el énfasis puesto en las particularidades de la realidad empírica de cada uno de los países analizados, históricamente situada y fechada.

Es claro entonces que, el análisis económico de las desigualdades sociales, al igual que ocurre con el abordaje jurídico de la cuestión, presupone un posicionamiento ideológico y repercute en la forma en que pensamos que el aparato estatal debe intervenir –o no– en los mercados. Así, existe un sistema de ideas que reflexiona, con determinado sesgo ideológico, respecto de la forma de organizarnos en sociedad y los objetivos que como comunidad nos proponemos, siendo –sin dudas– la desigualdad social, una cuestión central a resolver por parte de la sociología, la economía y –también– el derecho.

²⁰⁰ Acemoglu, Daron y Robinson, James A; ¿Por qué fracasan los Países?, Booket, Buenos Aires, 2024.

²⁰¹ Mazzucato, Mariana: El Estado Emprendedor, Taurus, Buenos Aires, 2024.

2. Igualdad de posiciones e igualdad de oportunidades

Francois Dubet, sociólogo francés, trabaja el tema de la desigualdad a partir de describir y desarrollar las características y diferencias de dos modelos del principio político de la igualdad: la *igualdad de posiciones* y la *igualdad de oportunidades*. Vinculando lo que expuse en el capítulo anterior, puedo adelantar que el primer modelo de igualdad se encuentra relacionado con el principio de solidaridad, y el segundo con el principio de subsidiariedad. Es por ello que –antes de ingresar, en el siguiente punto de la presente investigación, al tratamiento que dentro del campo jurídico se le otorga al principio de igualdad– quiero exponer estas dos miradas opuestas que tienen como fundamento ideológico las posiciones socialistas –la primera– y liberales conservadoras –las segundas–.

La *igualdad de posiciones* busca ajustar la estructura funcional de las posiciones sociales –relativamente fijas y en lo posible cercanas entre sí– sin poner el acento en la circulación de los individuos entre los diversos puestos desiguales. En este caso, la movilidad social es una consecuencia indirecta de la relativa igualdad social que se plasma en la estructura en que se distribuyen las distintas posiciones o puestos. Este modelo de igualdad está asociado a una representación de la sociedad en términos de estratificación socio profesional y de clases sociales, donde –en definitiva– las posiciones se definen con independencia de quienes las ocupan. Así el sistema conformado por las posiciones sociales es intervenido por el Estado, a través de políticas públicas universales, que persiguen la integración social a través de la conformación de un orden justo.

La idea de igualdad de posiciones fue producto de la reacción social y política frente a la débil protección que el principio de igualdad liberal otorgaba a importantes sectores de la sociedad en el naciente modelo capitalista desarrollado luego de la revolución industrial. Explica Dubet que: “Este combate fue promovido por el movimiento obrero, por reformistas sociales y, más ampliamente, por eso que nos hemos acos-

tumbrado a llamar la izquierda. El principio de la igualdad de lugar no sólo ha buscado limitar las brechas sociales, sino que, para decirlo en palabras de Castel (1995), ha construido una sociedad salarial en la que las posiciones ocupadas por los menos favorecidos son aseguradas y controladas por un cierto número de derechos sociales. Ese modelo no es sólo una concepción de la justicia social: contribuye a producir una sociedad definiendo a los grupos, las clases sociales y las instituciones reunidas en torno a ese modelo de justicia.”²⁰²

En la experiencia histórica de los estados europeos la correlación entre el poder del Estado Benefactor –en su rol de redistribución de derechos, bienes y servicios– y la igualdad social es muy fuerte. Dice: “A la sombra de las ambiciones socialistas y de las utopías comunistas se han desarrollado políticas orientadas a reducir las desigualdades entre las distintas posiciones sociales por la vía de las transferencias sociales. Al reasignar una parte de la riqueza a la ayuda, mediante tasas, impuestos y derechos de sucesión, las políticas de redistribución han terminado por reequilibrar el reparto de las fortunas.”²⁰³

Esta afirmación es ratificada por el economista británico Anthony Atkinson, que en un trabajo en el que analiza la historia de las desigualdades buscando los casos en que países pudieron alcanzar metas de igualdad, sostiene que la reducción de la desigualdad en Europa de pos guerra fue producto, sin dudas, del Estado de Bienestar y de los impuestos progresivos. Dice: “El primer factor obvio en la explicación de la caída de la desigualdad en la Europa de la posguerra es que éste fue un período durante el cual el Estado de bienestar y la provisión social se expandieron, financiados al menos en parte por los impuestos progresivos al ingreso. La maduración de las pensiones estatales redujo la magnitud de la pobreza entre las personas adultas, y la extensión de

²⁰² Dubet, Francois, *Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011.

²⁰³ Dubet, Francois, *Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, p. 18

transferencias sociales a otros grupos, como las personas con discapacidad, ampliaron la efectividad de la red de protección social.”²⁰⁴

Por supuesto –a pesar de sus logros no discutidos–, la idea de la igualdad de posiciones recibe críticas de las miradas liberales y autocríticas como las del propio Dubet, quien, no obstante, sigue optando por este modelo, y descartando la idea de igualdad de oportunidades. Veamos.

Reflexiona sobre la teoría y práctica de este modelo de Estado en su país y encuentra las siguientes observaciones: “las críticas dirigidas contra la igualdad de los lugares conciernen menos a sus propios principios y valores que a sus prácticas y a sus consecuencias. Después de haber reducido las desigualdades, su eficacia y su legitimidad en la actualidad parecen declinar. Esta crítica no proviene únicamente de las filas de la derecha liberal ni de las de los más desahogados económicamente: la igualdad de los lugares es más favorable para los que ocupan posiciones seguras que para los que hacen campamento a las puertas de la sociedad. Por lo demás, parece que crea clientelismos y estructuras rígidas que a menudo son contraproducente y que debilitan la confianza y el dinamismo de la vida económica y social, donde cada uno busca defender su status.”²⁰⁵

Pero, finalmente; “El modelo de igualdad de las posiciones ha sido menos igualitarista y proclive a compartirlo todo que redistribuidor y asegurador, al dar derechos y protecciones sociales a los más pobres. En este sentido, es más socialista que comunista. Se inscribe en una concepción general del contrato social en la cual cada uno se beneficia con la solidaridad orgánica donde el asedio y la progresiva reducción que sufren las desigualdades es la consecuencia de una representación integrada de la sociedad en torno a la acción del Estado. Así, incluso por vías desviadas, las desigualdades han sido reducidas a lo largo de un prolongado período, y un entero conjunto de mecanismo institu-

²⁰⁴ Atkinson, Anthony: *Desigualdad ¿Qué podemos hacer?*, Fondo de Cultura Económica, México, 2015, p. 101.

²⁰⁵ Dubet, Francois, *Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, p. 51.

cionales y de representaciones políticas ha contribuido a realizar un modelo de justicia cuya eficacia parece poco refutable.”²⁰⁶

En la vereda de enfrente, se alza otro modelo de justicia, el de la *igualdad de oportunidades*, que se transformó progresivamente en hegemónico a partir de la difusión de las ideas neoliberales en gran parte del mundo, incluidos nuestro país y región. Explica Dubet que: “En la actualidad, la igualdad de oportunidades es reivindicada tanto por la derecha como por la izquierda; está en el corazón de la mayoría de las teorías de la justicia, empezando por la de Rawls. Sin embargo, la sustitución progresiva de la igualdad de posiciones por la igualdad de oportunidades no surge solamente de la historia de las ideas sociales y políticas: induce una profunda transformación de las representaciones de la vida social, de sus actores y de sus mecanismos”²⁰⁷.

En la igualdad de oportunidades se definen grupos sociales en términos de discriminaciones y desventajas, es decir, en función de sus chances objetivas de acceder a todas las posiciones sin ser relevante la distancia que exista entre cada una de ellas. No busca disminuir las desigualdades excesivas, sino garantizar un acceso equitativo a todas las posiciones disponibles. Describe Dubet que “La igualdad de oportunidades reposa sobre una ficción y sobre un modelo estadístico que supone que, en cada generación, los individuos se distribuyen proporcionalmente en todos los niveles de la estructura social sean cuales fueren sus orígenes y condiciones iniciales... Las desigualdades de los ingresos y de las condiciones de vida que separan a cada uno de esos grupos (obreros, minorías visibles y mujeres) dejarían de ser injustas porque todos y cada uno de sus miembros tendrían la oportunidad de escapar de ellas”. Existen entonces, desigualdades justas, que son las que se generan luego de que entren en el juego distributivo los méritos in-

²⁰⁶ Dubet, Francois, *Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, p. 31.

²⁰⁷ Dubet, Francois, *Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, p. 54.

dividuales, sin importar el peso de los sistemas de herencia y las diferencias de educación.

La igualdad de oportunidades es profundamente individualista, pierde de vista la totalidad de la sociedad y la posibilidad de su integración común bajo las pautas orgánicas de la solidaridad, volviéndose una actividad cuyo dinamismo y cohesión proviene de la acción individual de cada uno de los actores sociales. Explica Dubet; “La igualdad de oportunidades transforma esta imagen en todas y cada una de sus partes. Dado que las oportunidades conciernen a los individuos, éstos deben ser activos y movilizarse para merecerlas. Lo que está en juego en la sociedad dejan de ser las instituciones y pasan a ser los individuos, a los que se pide que quieran triunfar y aprovechar sus oportunidades...En el largo plazo, la sociedad de las oportunidades es activa y eficaz, porque ubica a los individuos en una competencia continua, porque moviliza el trabajo y el talento de todos, porque es una dinámica más que un orden.”²⁰⁸

Por último, realiza una evaluación crítica respecto de los resultados alcanzados por la implantación de modelos de igualdad de oportunidades en sociedades capitalistas desarrolladas; “Desde hace unos treinta años, las desigualdades sociales se profundizan por todas partes, y sobre todo en los países que han optado por la igualdad de oportunidades antes que por la igualdad de posiciones. La evolución es espectacular en Estados Unidos, donde los ricos son cada vez más ricos y los pobres cada vez más numerosos...Como la igualdad de oportunidades conduce a redistribuir menos y a asegurar menos las posiciones, se la asocia generalmente con la decadencia del Estado de Bienestar, reducido a las meras redes de seguridad contra la miseria total. Ahora bien, este debilitamiento acrecienta la desigualdad y la pobreza...las desigualdades se acrecientan cada vez que el Estado de Bienestar retrocede”²⁰⁹

²⁰⁸ Dubet, Francois, *Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, p. 61.

²⁰⁹ Dubet, Francois, *Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, p. 73.

Pierre Rosanvallon –en su libro *la sociedad de iguales*– da tratamiento a las distintas patologías de la igualdad, exponiendo con claridad la evolución histórica de la ideología liberal-conservadora, que dio un tratamiento a la igualdad en oposición y competencia con el derecho de libertad, para luego consolidar la idea de desigualdad necesaria que llevaría a su naturalización, y finalmente, presentar un modelo de igualdad restringido a la fórmula de *igualdad de oportunidades*.²¹⁰

La oposición entre el principio de igualdad y las libertades fue clave en el pensamiento liberal conservador, ya que construyeron un imaginario en el que la libertad debía primar sobre la igualdad social; “Los conservadores del Siglo XIX especificarán esta crítica jerarquizando estrictamente los valores de igualdad y de libertad. La libertad debía tener a sus ojos la preferencia, ya que tenía un carácter universalizable, mientras que la igualdad, que descansaba sobre un proyecto de transferencia de las riquezas, era acusada de parcialidad, de relacionarse con la idea de una división social, en suma, de tener un contenido de lucha de clases. Su ejercicio era al mismo tiempo asimilado a la extensión del poder –coercitivo– considerado necesario a su implementación. Esta temática de la igualdad liberticida estuvo en el corazón de la ideología liberal conservadora, y no cesó de irrigar las justificaciones de un statu quo social y la resistencia a las ideas transformadoras.”²¹¹

A este argumento, se sumó la crítica al proceso de similaridad –guiado por la idea de igualación social– ya que, si bien se lo entendía como una precondition del sistema democrático, producía el advenimiento del conformismo y la mediocridad. Desde aquella postura describía a este nuevo mundo más igualitario como; “La generosa sociedad de los semejantes, adoptando entonces el triste rostro de una masa común, de una muchedumbre innumerable de hombres semejantes e iguales que giran sin descanso sobre sí mismos para procurarse placeres pequeños y vulgares”²¹².

²¹⁰ Rosanvallon, Pierre, *La sociedad de Iguales*, Manantial, Buenos Aires, 2012.

²¹¹ Rosanvallon, Pierre, *La sociedad de Iguales*, Manantial, Buenos Aires, 2012, p 123.

²¹² Rosanvallon, Pierre, *La sociedad de Iguales*, Manantial, Buenos Aires, 2012, p 123.

El paso del tiempo no ha dejado en el olvido estos argumentos, que hoy son muy comunes en nuestro país entre aquellas personas que promueven las miradas liberales de la sociedad siendo –en gran medida por acción de los medios masivos de comunicación– parte de algún sentido común generalizado en la comunidad.

Una segunda etapa en esta construcción ideológica de la igualdad –siguiendo a Rosanvallon– se constituyó mediante el proceso social de naturalización de la desigualdad, a partir de su previa justificación y de la utilización del concepto del *talento* –palabra perteneciente al orden natural– como mecanismo para legitimar las desigualdades sociales.

Durante el Siglo XVIII la idea difundida de los talentos puede sintetizarse como una disposición natural, una aptitud a un arte mecánico o liberal, un don de la naturaleza, una aptitud, capacidad o habilidad para desarrollar ciertas actividades. Explica el sociólogo en estudio el concepto de talento; “Este término hacía referencia implícita a cualidades eminentes, indicaba capacidades de excepción. En cierto modo, los talentos siempre eran especiales, particulares. Si no estaban igualmente distribuidos por la naturaleza, podían, sin embargo, ser considerados como ventajosos para todos. Distinguían a algunos individuos, pero eran amigos de la humanidad. Porque la naturaleza en general era percibida como benefactora. En el siglo XVIII los hombres siempre se referían a ella para legitimar sus proyectos de emancipación o para encontrar el modelo de un orden justo. Estaba del lado del bien, del derecho, de la igualdad.”²¹³

En el siglo siguiente esta mirada de la naturaleza se reconfigura en el campo político y social de una forma particular cuyo resultado es la imposición de una visión reductora de la igualdad y la instalación de la idea de una desigualdad natural justa y deseable socialmente. Dice Rosanvallon: “La percepción de la naturaleza va a cambiar de campo, si se puede decir, en el siglo XIX. En adelante, a ella se referirán para explicar lo que divide a los hombres y no ya lo que los acerca, para designar lo

²¹³ Rosanvallon, Pierre, *La sociedad de Iguales*, Manantial, Buenos Aires, 2012, p 124.

que los coacciona y no ya lo que los libera. En este movimiento se pasará de una justificación de la distinción de algunos a la de un sistema general de desigualdades y de una jerarquía social. Esta mutación será la gran obra de la ideología liberal-conservadora”.

Bajo este razonamiento, las desigualdades son perfectamente admisibles cuando están estrictamente asociadas a individuos y situaciones concretas, mezclando los datos de la naturaleza y de la actividad personal. Citando a Francois Guizot – reconocido político e historiador francés del siglo XIX– podemos comprender los alcances de estas ideas: “Ningún artificio debe perturbar, en el orden social, el movimiento de ascenso o de decadencia de los individuos. Las superioridades naturales, los predomios sociales no deben recibir de la ley ningún apoyo artificial. Los ciudadanos deben estar entregados a su propio mérito, a sus propias fuerzas; es necesario que cada uno pueda convertirse por sí mismo en todo cuanto puede ser, y no encuentre en las instituciones ni obstáculo que le impida elevarse, si es capaz de ello, ni socorro que lo fije en una situación superior, si no sabe mantenerse. Esto es, en cuanto a la igualdad, todo el pensamiento público; llega hasta aquí y no más lejos”²¹⁴

La siguiente etapa en este recorrido de la idea de igualdad en la construcción liberal conservadora en la que, la desigualdad natural busca su fundamento en los postulados indiscutibles de la ciencia. Es lo que Rosanvallón llama la utilización de las *ciencias de la desigualdad*, en efecto; “En el siglo XIX, son las ciencias que pretenden demostrar el fundamento fisiológico de las desigualdades las que a la inversa retendrán la atención del público al ser puestas de manifiesto en todas partes”. Las teorías científicas utilizadas en Estados Unidos y Europa fueron la frenología –con una técnica clasificatoria de los cerebros humanos–, los test de inteligencia y –por último–, las interpretaciones conservadoras de la obra de Darwin.

²¹⁴ Ver sita 30, página 127 en; Rosanvallón, Pierre, *La sociedad de Iguales*, Manantial, Buenos Aires, 2012.

Finalmente, en esta interesante historia política, la ideología liberal-conservadora culmina construyendo –sobre las bases arriba expuestas– la idea restringida de una igualdad de oportunidades, con fundamento en el ideal meritocrático para legitimar una sociedad en la que la desigualdad es aceptada pasivamente. Concluye Rosanvallon; “La legitimación meritocrática de las desigualdades a la francesa diseñó el modelo de una meritocracia de clasificación. Guizot había empleado la expresión aristocracia móvil de la igualdad...El principio de una igualdad de oportunidades restringida al vértice de la sociedad fue aquí la máscara de la reproducción masiva de los lugares en el conjunto de la sociedad. Es exactamente el trabajo de la ideología vaciar la realidad de esta manera, enmascarada detrás de la ostentación de principios que nadie puede impugnar.”

Hasta aquí las dos versiones sobre la idea de la igualdad, bajo el sistema solidario de la igualdad de posiciones o en la construcción liberal-conservadora de la igualdad de oportunidades. Ambas disputarán hegemonía en la interpretación de nuestra organización institucional constitucionalizada, repercutiendo el resultado de esta lucha –o al menos el posicionamiento estratégico que a su respecto cada uno adopte– en la construcción de tutelas procesales diferenciadas en los juicios en los que los ciudadanos litigan contra el Estado en la Argentina.

III. El problema de la desigualdad formal o ante la ley desde las ciencias jurídicas

A diferencia de la igualdad material o sustancial, que se encuentra en el campo social de las ideas políticas, la igualdad y la desigualdad jurídicas se insertan como principios rectores dentro del campo jurídico donde son interpretados en una competencia de fuerzas por darle sentido, para constituirse en reglas de conductas aceptadas y, así, irradiar sus consecuencias al resto del campo social. Es un proceso cultural de retroalimentación entre las ideas políticas de los campos sociales, las

fuerzas del campo de poder y las reglas y principios que rigen el campo jurídico, todo ello sobre un territorio determinado, durante el transcurso de la historia y con las diferentes participaciones de los actores sociales de dichos tiempos.

Ingresando ahora al estudio de este principio dentro del propio campo jurídico, se puede decir, que la igualdad puede resultar una herramienta de revisión de toda la actividad regulatoria del Estado que, en cumplimiento de sus funciones convencionales, constitucionales y legales, permanentemente toma decisiones –ejecutivas o legislativas– en las que clasifica, categoriza, distingue, entre personas y grupos de personas. Esta actividad, que se encuentra presente en la mayoría de las funciones de gobierno, es la que será sometida al escrutinio del principio de igualdad pública ante la ley. Así, tanto la doctrina como la jurisprudencia han distinguido las regulaciones que cuentan con un fundamento razonable, y que por ello no violentan el principio de igualdad formal, de aquellas que se basan en argumentos irrelevantes respecto de la decisión o categoría a definir (sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o condición social) y que tienen por objetivo perjudicar a través de una discriminación negativa a determinadas personas o grupos de personas.

En una primera instancia, trataré de exponer las ideas de la igualdad jurídica y la desigualdad jurídica que Ferrajoli hace jugar en su teoría formal y garantista del derecho, al articular la oposición entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, distinción central para entender el funcionamiento de su teoría del derecho y de la democracia en nuestras sociedades constitucionales actuales. Luego, ya pensando en la Argentina, voy a desarrollar las ideas de Roberto Saba –inspirado en las teorías de Owen Fiss– respecto de la distinción y complemento entre el modelo de igualdad liberal e igualdad estructural y la interpretación de Lucas Grosman quien propone el ideal constitucional de una igualdad estructural de oportunidades. La pregunta que intentaré responder es: ¿Qué modelo ideológico político de igualdad reconoce nuestra constitución? ¿Un modelo de igualdad liberal

clásico, un modelo de igualdad de posiciones, un modelo de igualdad de oportunidades u otro modelo diferente a los anteriores? Veamos.

1. El derecho ante las diferencias y las desigualdades en la teoría del derecho de Ferrajoli

En este punto voy a tratar de exponer las ideas centrales del filósofo del derecho italiano, el positivista crítico Luigi Ferrajoli, quien en muchas publicaciones²¹⁵ abordó temas centrales de esta tesis, como las garantías –primarias y secundarias– de los derechos sociales, la efectividad y protección de los derechos humanos y –en lo que aquí más me importa– la idea de igualdad a partir de la distinción teórica entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Para ello voy a trabajar con su obra *Principia Iuris* en la que desarrolla con detalle –mediante la utilización del método axiomático– su teoría del derecho y de la democracia²¹⁶. Según lo explica Duquelsky Gómez, este filósofo crítico del derecho, en ésta última obra, modifico su postura respecto de la posibilidad emancipadora de la magistratura²¹⁷, cuestión que no obstante

²¹⁵ Ferrajoli, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid 1999; *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2001; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2006.

²¹⁶ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.

²¹⁷ Duquelsky Gómez, Diego, “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018) ISSN: 0214-8676 pp. 193-209. Al respecto dice: “Aunque –sobre todo a partir de la publicación de *Principia Iuris*– queda claro que Ferrajoli ha cambiado su posición y ha adoptado una postura muy crítica y restrictiva sobre el poder dispositivo de los jueces, pensamos que vale la pena recordar las palabras con que el teórico de Camerino explicaba la postura del movimiento del «uso alternativo del derecho»: Por tanto, nuestra acción no consiste, como reprochara la parte más reaccionaria de nuestra magistratura, en la desaplicación de la ley, sino, por el contrario, en la radical aplicación de la Constitución; no está dirigida a negar la legalidad, sino a negar el uso burgués de ella como instrumento de opresión de la clase dominante y convertirla, en cambio, en instrumento de independencia de las clases trabajadoras; y no está inspirada por una arbitraria elección de parte, sino, por el

no me desalienta a recurrir a sus últimas publicaciones sobre la teoría garantista del Estado y del derecho.

En oportunidad de poder entrevistarlo para una revista de mi facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, el jurista italiano, se definió como positivista crítico; “Obviamente crítico del derecho vigente, que es muy distante, que está muy lejos de los principios constitucionales en todo el mundo. Las constituciones establecen el principio de igualdad, los derechos fundamentales, derechos sociales y no solamente derechos de libertad. Sin embargo, estos derechos son violados. Los derechos sociales en estos años han sido agredidos por la esfera pública. También el derecho del trabajo. Tomando en serio el derecho mismo, es decir, las normas constitucionales, la ciencia jurídica positivista debe criticar al derecho y proyectar su actuación, la actuación de los principios constitucionales.”²¹⁸

En la teoría garantista del derecho que desarrolla en *Principia Iuris*, Ferrajoli dedica uno de sus capítulos centrales a la distinción entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales*, entre *bienes fundamentales* y *bienes patrimoniales*, como también a la distinción entre *esfera pública* y *esfera privada*, para construir a partir de dichas definiciones formales una conceptualización de la *igualdad jurídica*, la *desigualdad jurídica*, el distanciamiento entre ellas y las *diferencias* de hecho y el rol que juegan en este sistema las *discriminaciones*.

1.1. Derechos y bienes fundamentales y derechos y bienes patrimoniales

Al analizar empíricamente los modernos Estados constitucionales encuentra que: “la imputación a las personas físicas o naturales, realizada por esos estatutos de las instituciones estatales que son las

contrario, por una elección en favor de las clases subalternas ya cumplida, por otro lado, en la Constitución republicana (Ferrajoli, 2002: 26)”

²¹⁸ Cabral, Pablo Octavio y Moreno, Guillermo Raúl; Revista Derechos en Acción Nro. 07 (2018). Entrevista al Profesor Luigi Ferrajoli. *Derechos En Acción*, 7(7). <https://doi.org/10.24215/25251678e161>.

constituciones, de una categoría especial de situaciones jurídicas – los derechos fundamentales– a cuya tutela está ordenada, como su razón social específica, aquella particular persona artificial que es el Estado. Con esta imputación nace la figura moderna de la persona humana como sujeto de derechos iguales y universales, en oposición a las personas jurídicas o artificiales; a éstas últimas, como se verá, no corresponde derechos fundamentales, sino sólo situaciones singulares, y también funciones téticas institucionales, como aquellas propias de las modernas democracias constitucionales, de la tutela de los intereses generales o de todos que son precisamente los derechos fundamentales”²¹⁹

Así estipula una definición formal y teórica del concepto de derechos fundamentales sosteniendo que: “son los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos-potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar”²²⁰.

Estos derechos se caracterizan por su universalidad lo que, como explica más adelante, explica su diferencia respecto de los derechos patrimoniales: “Con todo, esta universalidad, lo mismo que la igualdad que en ella reposa, es una universalidad relativa a los status en referencia a los que se predica, y es por esto más o menos extensa según cuál sea la extensión de la clase de sujetos que comprenda. En efecto, no todos los derechos fundamentales corresponden a todos los seres humanos y no todos los seres humanos son titulares de los mismos derechos fundamentales. Como se precisará los únicos derechos que corresponden indistintamente a todos los seres humanos son los que, precisamente, llamaré humanos y que son hoy, en todos los ordenamientos avanzados, el derecho a la vida y las

²¹⁹ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, Tomo I, p. 684.

²²⁰ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, Tomo I, p. 684.

libertades fundamentales, el habeas corpus y las demás garantías penales y procesales”²²¹.

El Estado democrático de derecho se rige por dos principios que se vinculan con los derechos fundamentales; el primero es que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, es decir, intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas o negativas pertenecientes sólo a las personas naturales, el segundo es el de que los derechos fundamentales son derechos universales, o sea, pertenecientes a todos en condiciones de igualdad.

Luego desarrolla, a partir de la relatividad lógica e histórica de la igualdad en los derechos fundamentales propios de cada ordenamiento jurídico positivo, tres tipologías de derechos fundamentales donde, en la primera –sobre la base de los sujetos que son titulares– distingue en *derechos de la persona* (“son los derechos de los que son titulares todos en cuanto personas naturales y, si se trata de derechos potestad, en cuanto además capaces de obrar”); *derechos del ciudadano* (“son los derechos de los que son titulares todos en cuanto ciudadanos y, si se trata de derechos-potestad, en cuanto además capaces de obrar”) y también entre *derechos primarios* (“son los derechos cuya titularidad corresponde a todos en cuanto personas naturales o en cuanto ciudadanos”) y *derechos secundarios* (“son los derechos potestad de los que son titulares todos en cuanto personas naturales o ciudadanos con capacidad de obrar”)²²². Sintetiza; “En suma, sólo algunos derechos fundamentales, los primarios de la persona, pertenecen a todas las personas naturales; y sólo a algunas personas, las que al propio tiempo son capaces de obrar y ciudadanos, pertenecen todos los derechos fundamentales... Personalidad, ciudadanía y capacidad de obrar, en cuanto condiciones de la igual titularidad de todos los derechos fundamentales, son conse-

²²¹ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, Tomo I, p. 684.

²²² Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, Tomo I, p 691 y sgte.

cuentemente parámetros tanto de la igualdad como de la desigualdad en derechos fundamentales”²²³.

A partir de estas distinciones, construye una primera tipología de los derechos fundamentales basada en los diferentes estatus jurídicos de los sujetos que son sus titulares –de la que se deriva el grado de universalización de los mismos– y compuesta por las siguientes cuatro figuras: “Llamaré pues *derechos humanos* a los derechos que pertenecen a todas las personas naturales simplemente en cuanto tales; *derechos públicos* a los derechos que pertenecen a todas las personas naturales en cuanto ciudadanos, *derechos civiles* a los derecho-potestad que pertenecen a todas las personas naturales en cuanto dotadas de capacidad de obrar; *derechos políticos* a los derechos-potestad que corresponden sólo a los ciudadanos dotados de capacidad de obrar”²²⁴.

A esta clasificación subjetiva, suma otra de tipo objetiva, no haciendo hincapié ya en sus destinatarios o titulares de derechos, sino en sus contenidos, es decir al tipo de expectativa que incorpora su significado prescriptivo. Esta tipología objetiva, que refleja la distinción respecto de los derechos subjetivos (todas las expectativas de prestaciones o de no lesiones), entre derechos positivos (expectativas de prestaciones) y derechos negativos (expectativas de no lesiones)²²⁵, distingue entre, por un lado, entre *derechos individuales* y *derechos sociales*, y por el otro entre *libertad* y *autonomía*.

Los *derechos individuales*, son los derechos fundamentales negativos; “que consisten en expectativas negativas de no lesión, interferencia o restricción”²²⁶. Estos derechos se pueden dividir en tres categorías: a) Las *libertades frente a*, que son los derechos primarios consistentes

²²³ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, Tomo I, p 691 y sgte.

²²⁴ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, Tomo I, p 691 y sgte.

²²⁵ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 608 y sgtes.

²²⁶ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 702.

sólo en expectativas de no lesión, y no también en facultades, como el derecho a la vida y a la integridad personal, el habeas corpus o el derecho a la igualdad; b) Las *libertades de*, que son los derechos individuales primarios consistentes también en facultades de simple comportamiento –y no de actos jurídicos– como la libertad de expresión, de prensa, de asociación, de reunión, etc; c) los *derechos de autonomía*, que son los derechos individuales secundarios o instrumentales, consistentes también en potestades o poderes, que se ejercen mediante actos jurídicos en razón de la capacidad de obrar de sus titulares y se corresponden por un lado –en cuanto derechos de autonomía privada–, con los derechos civiles, y, por el otro –en cuanto derechos de autonomía política– con los derechos políticos.

La igualdad hace aquí su primer aparición –en esta lectura recortada de la teoría de Ferrajoli–, como *derecho fundamental, individual*, en su versión de *libertad frente a*, es decir como derecho a la igualdad en tanto expectativas de omisión de actos discriminatorios.

Explica luego cómo se relacionan, combinan, superponen o diferencian estas categorías: “existe sinonimia entre derechos de libertad y derechos primarios individuales o negativos, entre derechos de autonomía y derechos secundarios, entre autonomía civil y derechos civiles y entre autonomía política y derechos políticos. Y existe en cambio una diferencia estructural, ignorada por la tradición liberal, entre libertades y autonomías.”²²⁷

Por su parte, los *derechos sociales* (o positivos), suponen expectativas de prestación como la salud, la educación, la subsistencia, el trabajo, la vivienda, etc.

Las distinciones entre derecho sociales e individuales es la siguiente: “Es evidente la importancia –no sólo para la teoría del derecho sino también para la teoría política– de la distinción entre derecho individuales y derechos sociales. Consistiendo los unos en expectativas ne-

²²⁷ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 704.

gativas y los otros en expectativas positivas, los dos tipos de derechos se corresponden con distintas técnicas de tutela de la seguridad de las personas. Los derechos individuales, que bien podemos llamar también derechos liberales, garantizan una seguridad por así decir negativa, esto es contra violencias, represiones o impedimentos por parte de otros sujetos, sean públicos o privados. Los derechos sociales garantizan en cambio una seguridad que podemos llamar positiva, esto es, por medio de prestaciones o servicios a cargo de otros sujetos, normalmente públicos, aunque también algunas veces privados. Los primeros son derechos de vivir, los segundos son derechos para sobrevivir.”²²⁸

Esta clasificación de derechos fundamentales tiene origen en la construcción ideológica de los distintos estados nacionales durante la reciente historia de doscientos años en Europa y América, y pueden corresponderse los derechos individuales con los Estados liberales y los derechos sociales con los Estados benefactores. Dice, para explicitar dicha relación, que: “Se explica así la distinta estructura de las relaciones jurídicas que generan: como veremos mejor luego, los derechos individuales son derecho fundamentales o *erga omnes*, a los que corresponden prohibiciones (o sea, deberes negativos de no hacer) a cargo de todos y en primer lugar del Estado, frente a ellos caracterizado como *estado de derecho liberal* que bien podemos llamar *mínimo* en cuanto ordenado solamente a garantizar su no violación; los derechos sociales son en cambio derechos fundamentales relativos o *erga singulum*, a los que corresponden obligaciones (o sea, deberes positivos de hacer) a cargo normalmente del Estado, frente a ellos caracterizado como *estado de derecho social* que podemos en cambio llamar *máximo* porque orientado además a garantizar su satisfacción.”²²⁹

Resulta central para nuestra tesis esta clasificación –derechos individuales/derechos sociales– ya que a partir de la concurrencia de estos

²²⁸ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 704.

²²⁹ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 705.

derechos fundamentales Ferrajoli define a la *igualdad jurídica* aclarando que en uno y otro caso el tipo de igualdad que aseguran son distintos entre sí. Así lo explica: “Los derechos individuales garantizan a todos la identidad personal tutelando, contra discriminaciones o privilegios, la igualdad formal de las diferencias individuales –de sexo, etnia, lengua, religión, opinión, condiciones personales o sociales– ninguna de las cuales puede ser penalizada o favorecida. Los derechos sociales aseguran en cambio la solidaridad social, promoviendo niveles mínimos de igualdad sustancial a través de la remoción o al menos de la reducción de las desigualdades sociales: de renta, de salud, de instrucción y en general de condiciones económicas o materiales de vida. Los primeros han sido llamados *derechos de primera generación* porque aparecen en las primeras Declaraciones de derechos; los segundos han sido llamados *derechos de segunda generación* porque son el producto de las políticas sociales y de la experiencia constitucional del siglo XX”.²³⁰

Finalmente, arriba – a partir de la combinación de las dos clasificaciones de los derechos fundamentales elaboradas en base a los criterios independientes de entre sí; el subjetivo de la esfera de sus titulares y el objetivo de su composición estructural– a la tercera clasificación de la que se derivan las siguientes categorías de derechos; *derechos políticos, derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales*. Veamos: “Así pues, si conjugamos nuestras dos clasificaciones –sustituyendo la disyunción entre *libertades frente a* y *libertades de* que aparece en la segunda por *libertad*, y *autonomía* con la disyunción entre *derechos civiles* y *derechos políticos* que aparece en la primera– obtenemos una tercera, que se revelará como la más importante de todas a los fines de una teoría jurídica de la democracia: la división en cuatro categorías de todos los derechos fundamentales en derechos políticos, derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales, o sea, en dos pares de derechos donde el primero está formado por todos y sólo por los dere-

²³⁰ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 705.

chos secundarios, instrumentales o de autonomía diferenciados en derechos políticos y civiles, mientras que el segundo lo está por todos los derechos primarios, finales o sustanciales, diferenciados en derechos de libertad y derechos sociales, o bien en *libertades frente a, libertades de y derechos sociales*”²³¹.

Ahora sí, dedicaré unos párrafos a la descripción que realiza de los *derechos patrimoniales* para oponerlos estructuralmente a los *derechos fundamentales*, cuyas consecuencias se extienden, como adelanté, a las concepciones de la *igualdad jurídica* y la *desigualdad jurídica*. Unos y otros implican lo contrario, se oponen, se hallan en relación de contrariedad; los derechos fundamentales no son jamás patrimoniales y viceversa. En efecto, explica nuestro autor: “La diferencia entre estas dos clases de derechos es ciertamente todavía más radical (que la existente entre derechos de libertad y derecho real de oportunidad), residiendo en el hecho de que los *derechos patrimoniales*, al tener por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados, son por un lado *singulares* en lugar de universales, y por otro lado *disponibles* en lugar de indisponibles. Y mucho más grave, y no menos preñada de implicaciones prácticas, es su confusión. En efecto, como se ha indicado, mientras que los derechos fundamentales y sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales –para los que además el derecho positivo, aunque sólo sea por su milenaria tradición, ha elaborado técnicas de garantía bastante más eficaces– están en la base de la desigualdad jurídica”²³².

Los *derechos patrimoniales* son todos los derechos *singulares* (pertenecientes a sus titulares con exclusión de los demás sobre la base de normas hipotéticas que los prevén como efectos de actos a su vez singulares) y *disponibles* (es todo derecho subjetivo singular no inmediatamente dispuesto por una norma tética, sino predisposto por una nor-

²³¹ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 706.

²³² Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 718.

ma hipotética como efecto del acto por ella hipotizado) que se pueden subdividir o clasificar en *derechos negativos* consistentes en expectativas de no lesión (derechos reales) y *derechos positivos*, consistentes en expectativas de prestación (derechos personales o de crédito).

A partir de estas bases conceptuales realiza una enumeración de cuatro diferencias formales (no sobre sus contenidos) de estructura entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales*, que, sintetizadas son las siguientes: a) Los *derechos fundamentales* son *universales* y los *derechos patrimoniales* son *singulares*²³³, b) Los *derechos fundamentales* son *indisponibles* y los *derechos patrimoniales* son *disponibles*²³⁴, c)

²³³ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 719. Dice al respecto: “La primera diferencia especificada reside en el hecho de que los derechos fundamentales –de los derecho de libertad al derecho a la vida, de los derechos civiles a los políticos y sociales– son derechos universales, en el sentido lógico de que pertenecen igualmente a todos sobre la base de la simple identidad de cada uno como persona y/o ciudadano y/o capaz de obrar; mientras que los derechos patrimoniales –del derecho de propiedad a los otros derechos reales y a los derechos de crédito– son derechos singulares, en el sentido igualmente lógico de la cuantificación existencial de sus titulares, en virtud de la cual para cada uno de ellos existe un titular o varios cotitulares determinados, con exclusión de todos los demás. Los primeros son por ello inclusivos, los segundos exclusivos, o sea, *excludendi alios*. Los unos forman la base de la igualdad jurídica... Los otros se hallan en cambio en la base de la desigualdad jurídica... Los derechos patrimoniales tienen ciertamente un contenido económico, comenzando por los derechos reales de propiedad, que entran a formar parte del patrimonio de sus titulares como derechos exclusivos sobre determinados bienes o a determinadas prestaciones. Pero asimismo tienen contenido económico muchos derechos sociales fundamentales, como el derecho a la asistencia, a la seguridad social, a la salud, a la alimentación o a una renta básica mínima, atribuidos universalmente a todos en cuanto personas o ciudadano, bien que, en presencia, algunas veces, de terminados presupuestos (de edad, de enfermedad, de indigencia o similares)” p. 719/720.

²³⁴ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 720. Dice al respecto: “La segunda diferencia, no menos relevante, se halla conectada a la primera. La definición nos dice que los derechos patrimoniales son siempre disponibles, mientras que no lo son los derechos fundamentales. A diferencia de los derechos patrimoniales, que aparecen como alienables, negociables y transigibles, los derechos fundamentales –sean de la persona o del ciudadano, primarios o secundarios, individuales o sociales– son pues indisponibles, o sea, están fuera del mercado, y son de distinto modo inderogables, según sea su rango constitucional o legislativo, por decisión públicas. Concretamente en razón de su indisponibilidad, no

Los *derechos fundamentales* consisten en *reglas heterónomas* y en *normas tético-deónticas* y los *derechos patrimoniales* son *normas hipotético-deónticas* y se encuentran *subordinados a vicisitudes contingentes*, como efectos de actos singulares²³⁵, y d) Los *derechos fundamentales* se insertan en *secuencias verticales* y los *derechos patrimoniales* en *secuencias horizontales*²³⁶.

son alienables por el sujeto titular: no puedo vender mi libertad personal, o mi derecho de sufragio y menos aún mi propia autonomía contractual. En virtud de su inderogabilidad, no so expropiables o limitables por otros sujetos, empezando por el Estado; ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de los propios derechos de autonomía.” (p. 720)

²³⁵ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 719. Dice al respecto: “La tercera diferencia es una consecuencia de la segunda y se refiere a las causas de las que son efectos las dos clases de derechos y consecuentemente a la distinta estructura de los principios de legalidad y de legitimidad a que se hallan sometidos. Los derechos fundamentales son indisponibles por cuanto consisten inmediatamente en reglas heterónomas y precisamente en norma tético-deónticas, no alterables ni por su ejercicio ni por sus violaciones. Son en suma *ex lege* y no *ex contractu* obteniendo su título a partir no ya de actos singulares sino de fuentes normativas como son, por ejemplo, en el caso de los derechos sancionados por la constitución, el acto constituyente del que ésta emana y, en los otros casos, la legislación ordinaria. Los derechos patrimoniales, al contrario, justamente porque en ocasiones disponibles, son no ya (conferidos directamente por normas), sino que suponen normas, o sea, normas hipotético-deónticas que hipotéticamente los predisponen como efectos de los actos por ellas previstos como títulos de los mismos. Están pues, por su propia naturaleza, subordinados a vicisitudes contingentes, como efectos de actos singulares –negocios o disposiciones de autoridad pública, o también actos informales, como la ocupación o el hallazgo de tesoros, o incluso actos ilícitos, generadores de un derecho al resarcimiento por daños– no ya directamente normativos sino a su vez regulados por normas.” (p 720/721).

²³⁶ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 719. Dice al respecto: “Hay en fin una cuarta diferencia, conectada a las anteriores y no menos relevante para el análisis de la estructura del estado constitucional de derecho. Mientras que los derechos patrimoniales se insertan en secuencias que son de tipo horizontal, los derechos fundamentales se insertan en secuencias que según la otra interpretación entonces presentada son de tipo vertical: en el sentido de que las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de los primeros son relaciones intersubjetivas de tipo civilista –contractual, sucesorio o similar– mientras que las establecidas por los titulares de los segundos son sobre todo relaciones de tipo publicista. Concretamente: así como los derechos patrimoniales se corresponden con la genérica prohibición de lesión por parte de terceros (en el caso, como se verá, de los derechos

Los derechos fundamentales se complementan con la concepción de *límites fundamentales* (garantías primarias de los derechos individuales consistentes en las prohibiciones de lesión que a los mismos corresponden) y *vínculos fundamentales* (garantías primarias de los derechos sociales consistentes en las obligaciones de prestación que a los mismos corresponden), los que sumados constituyen los *deberes fundamentales* (son las garantías primarias de los derechos fundamentales consistentes o en límites o vínculos fundamentales).

Estas categorías de obligaciones o respuestas de acuerdo al tipo de derecho fundamental del que se trate, tiene su origen –y reflejo– en los ideales políticos plasmados en los diferentes modelos estatales configurados históricamente en occidente.

Explica. “Límites y vínculos, establecidos unos para la tutela de los derechos individuales y otros para la tutela de los derechos sociales, condicionan y complican profundamente la estructura de todos los poderes públicos, confiriéndoles el carácter de funciones. E imprimen su sello en otros tantos modelos de estado de derecho. Los límites generados por los derechos individuales de libertad caracterizan al *estado de derecho liberal* en el que la acción del Estado está simplemente limitada por prohibiciones. En cambio, los vínculos derivados de los derechos sociales caracterizan la estructura bastante más compleja del *estado de derecho social*, donde la acción de los poderes públicos se encuentra no sólo limitada por prohibiciones de no hacer sino vinculada por obligaciones de hacer. El primer modelo aparece dotado sólo de *garantías liberales negativas*, es decir, consistentes en prohibiciones, coherente-mente con el fin del Estado liberal que es preservar, sin empeorar, las condiciones naturales de vida de las personas mediante la tutela de sus

reales) o bien con obligaciones de débito por parte de individuos determinados (en el caso, como se verá, de los derechos personales), a los derechos fundamentales corresponden prohibiciones y obligaciones a cargo ante todo del Estado, cuya violación –en virtud de la estructura vertical del ordenamiento y del grado supra ordenado que por lo común presentan las normas constitucionales que confieren tales derechos– es causa de invalidez de la ley y de las demás disposiciones de la autoridad pública” (p. 721).

inmunidades y libertades fundamentales. El segundo modelo está en cambio dotado también de garantías sociales positivas, es decir, consistentes en deberes coherentemente con el fin del Estado social que consiste no sólo en no empeorar sino también en mejorar las condiciones pre políticas de vida de las personas, mediante la satisfacción de sus derechos sociales.²³⁷

Aclara que la distinción entre derechos patrimoniales y fundamentales no es exhaustiva del conjunto completo de los derechos subjetivos, ya que existen derechos que no son ni fundamentales ni patrimoniales, como la clase de los llamados derechos colectivos o comunitarios.

A esta distinción entre derechos fundamentales y patrimoniales, agrega una correlativa respecto de los bienes –definido como aquello que al menos sólo potencialmente es objeto no solamente de un derecho sino más en general de una situación jurídica– que divide en dos grandes clases, los *bienes patrimoniales* (todo bien que sea objeto de un derecho patrimonial) y los *bienes fundamentales* (todo bien que sea objeto de un derecho fundamental). Por su parte, estos últimos se dividen en tres grandes clases: a) *bienes personalísimos* (son todos los bienes fundamentales que sean objeto de libertades frente a) como los órganos del cuerpo humano y su integridad; b) *bienes comunes* (son todos los bienes fundamentales que sean objeto de libertades de) como el clima y el medio ambiente y, c) *bienes sociales* (son todos los bienes fundamentales que sean objeto de derechos sociales), como el agua, la comida o los medicamentos básicos.

1.2. Igualdad jurídica (derechos fundamentales) y desigualdad jurídica (derechos patrimoniales)

Ya descriptas sus características principales y secundarias, contornos, límites y contradicciones, pasemos a ver cómo los bienes y derechos fundamentales y los bienes y derechos patrimoniales constituyen en

²³⁷ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 732.

nuestros ordenamientos constitucionales actuales, modelos de igualdad jurídica –los primeros– y de desigualdad jurídica –los segundos–.

Ambos *derechos fundamentales* –sociales e individuales–, sobre los que se construyen dos versiones de la *igualdad jurídica*, se distinguen y diferencian de los *derechos patrimoniales*, que forman al contrario de aquellos la base de la *desigualdad jurídica*.

Lo explica Ferrajoli de la siguiente forma: “Se manifiesta de este modo un ulterior perfil de la igualdad en los derechos fundamentales y de la desigualdad en los derechos patrimoniales. Los derechos fundamentales son iguales no sólo en el sentido de que pertenecen a todos, sino también en el sentido de que les pertenecen invariable y normativamente en igual forma y medida. Los derechos patrimoniales son en cambio desiguales en el doble sentido de que son contingentes y mudables a causa de vicisitudes a las que están sometidos, tanto en los titulares como en los contenidos. Éstos se acumulan y se extienden, aquéllos permanecen siempre iguales a sí mismos. Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento o igualmente impunes frente a las detenciones arbitrarias. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas distintas y en diferente medida. Se puede ser y llegar a ser más o menos rico, mientras que no se puede ser ni devenir más o menos libre”.²³⁸

Para este análisis Ferrajoli propone dos pasos formales que perimen identificar entre quiénes y en qué se produce la igualdad, a través de una interpretación de tipo sustancial a partir de los concretos ordenamientos positivos, tomados como referencias empíricas de la teoría. Dice: “Un primer paso es el parámetro de la igualdad jurídica que ofrecen nuestras nociones de norma téticas y de situaciones universales... Se trata de la igualdad ante la ley cualquiera que ésta sea, afirmada por todas las constituciones avanzadas...Pero hay un significado aparentemente más restringido de igualdad jurídica que conviene aislar, para

²³⁸ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 722.

remontarse después a su significado más genérico: el de la *égalité en droits* expresado en el primer artículo de la *Déclaration* de 1789. Es éste el segundo paso hacia la clarificación del principio de igualdad, sugerido por nuestra definición formal de derechos fundamentales y por las tipologías elaboradas a partir de ella. Consistiendo los derechos fundamentales en los derechos conferidos a todos en cuanto personas y/o ciudadano y/o capaces de obrar, la igualdad jurídica entre personas y, por otro lado, entre ciudadanos y entre capaces de obrar consiste en la igualdad en los derechos fundamentales, que son precisamente los derechos garantizados en igual medida a estas tres clases de sujetos por la cuantificación universal de la esfera de sus titulares.”²³⁹

Así define a la *igualdad* como la “titularidad atribuida a las personas naturales de los mismos derechos universales”, aun tratándose de una definición formal, permite identificar entre quienes y en qué se da esta igualdad. Dice: “De acuerdo con esta definición, la igualdad jurídica es una relación entre personas naturales y no entre personas artificiales, que tiene por objeto o parámetro los derechos universales atribuidos a las mismas. Los concretos contenidos que dan su medida, y por tanto el sentido empírico (no ya formal, sino sustancial) de la noción así definida, están luego destinados a ser determinados por la experiencia histórica del constitucionalismo democrático en los distintos ordenamientos: por la cantidad y por la calidad de los derechos universales establecidos y por la extensión de las clases de personas a las que tales derechos se confieren y son concretamente garantizados.”²⁴⁰

Por su parte, analiza el concepto de desigualdad jurídica que se relaciona directamente con el funcionamiento de los derechos patrimoniales, por lo que; “Inversamente, en virtud de este vínculo entre igualdad y universalismo, existe desigualdad jurídica en la titularidad de los derechos patrimoniales, que a diferencia de los derechos fundamentales

²³⁹ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 742.

²⁴⁰ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 743.

pertenecen a sus titulares en forma singular y exclusiva. En efecto en tales derechos los sujetos son siempre jurídicamente desiguales, en el sentido de que si alguno o algunos...son titulares de un derecho patrimonial, todos los demás sujetos son desiguales respecto de tal derecho”.²⁴¹

Luego, del carácter universal de los derechos fundamentales, del que surge la igualdad jurídica, se derivan dos consecuencias: una relativa a las dimensiones de la igualdad jurídica, y la otra a la distinción entre *diferencias*, *desigualdades* y *discriminaciones*. Me interesa detenerme a las últimas distinciones que serán de utilidad para mi trabajo.

En cuanto a las dimensiones de la igualdad jurídica dependen, por un lado, de la extensión de la clase de los sujetos a la que dicho principio se aplica y, por el otro, de la cantidad de derechos reconocidos y garantizados en forma universal en cada experiencia estatal concreta. Durante los últimos doscientos años el modelo se expandió, mediante la multiplicación de los derechos fundamentales y la disminución en la discriminación en los derechos civiles y políticos.

1.3. Diferencias, desigualdades jurídicas y discriminaciones (desigualdades antijurídicas)

Corresponde, ahora sí, ingresar al estudio de las *diferencias* –de hecho–, las *desigualdades jurídicas* y las *discriminaciones*. Veamos.

Empecemos por el concepto y características de las *diferencias*. Más allá de la protección que el ordenamiento jurídico otorga a todas las personas universalmente a través del reconocimiento o positivización de los derechos fundamentales, los seres humanos somos distintos unos de otros. En efecto todas las personas son diferentes –de hecho– por sus características personales vinculadas al sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas u otras circunstancias sociales.

El término *diferencias* es descriptivo, quiere decir que de hecho entre las personas hay diferencias, y que éstas constituyen su identidad

²⁴¹ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 744.

por lo que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en virtud del propio principio de igualdad.

Dice el autor en estudio: “La diferencias –sean naturales o culturales– no son más que los rasgos específicos e irrepetibles que diferencian y al propio tiempo individualizan a las personas y que son en cuanto tales tutelados por los derechos fundamentales”, y “concurren, en su conjunto, para fomentar las distintas y concretas identidades de las personas individuales garantizadas por la que llamaré esfera jurídica pública”, es decir, son diferencias: “son tuteladas y valoradas, contra discriminaciones y privilegios, en virtud de la igualdad formal en los *derechos fundamentales de libertad*”.²⁴²

Se pregunta por la forma en la que los distintos modelos históricos de organización estatal dan tratamiento a las *diferencias*, proponiendo las siguientes cuatro tipologías; **a) El modelo de indiferencia jurídica hacia las diferencias**, propio de las sociedades paleo liberales –caracterizado por el contenido mínimo de la esfera pública y el libre y desregulado juego de los poderes privados–, en el cual las diferencias no son ni valoradas ni desvalorada, ni tuteladas ni reprimidas, ni protegidas ni violadas. Simplemente son ignoradas²⁴³; **b) El modelo de la diferenciación jurídica de las diferencias**, propio de las sociedades jerarquizadas de castas o de clases, que se expresa en la valoración de algunas identidades y en la desvaloración de otras²⁴⁴; **c) El modelo de la homologación**

²⁴² Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 746.

²⁴³ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011. Agrega: “El destino de las diferencias depende así de la ley del más fuerte. El de la diferencia de clase, por ejemplo, se resuelve de hecho en la explotación ilimitada del trabajo dependiente. El de la diferencia de sexo se ha resuelto, históricamente, en la sujeción de la mujer al hombre y en su relegación al papel doméstico natural de esposa y madre” (p. 749).

²⁴⁴ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011. Dice: “De acuerdo con dicho modelo, las identidades determinadas por las diferencias valoradas (de sexo, nacimiento, etnia, fe religiosa, lengua, patrimonio o similares) vienen consideradas como estatus privilegiados, fuente de derechos y de poderes, y acaso como base de un universalismo modelado únicamente en torno a los

jurídica de las diferencias, aplicado en los socialismos reales europeos o estados burocráticos, donde las diferencias aparecen desvaloradas o negadas, pero no porque se conciben como desvalores con respecto a otras asumidas como valores, sino porque resultan todas ignoradas en nombre de una afirmación abstracta de igualdad²⁴⁵, y finalmente; d) El ***modelo de la igual valoración jurídica de las diferencias***, basado en “el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. A diferencia del primero, este cuarto modelo, en lugar de mostrarse indiferente ante las diferencias, impone garantizar a todos su libre afirmación y realización, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de aquellas leyes del más débil que son justamente los derechos fundamentales”²⁴⁶.

Además de estas *diferencias*, existe la ya explicada *desigualdad jurídica* que el sistema de derechos patrimoniales y por las múltiples posiciones de poder y de sujeción, de deber y de responsabilidad, que cada uno encarna o soporta. Agrega el jurista italiano que: “Es claro que estas desigualdades son hasta cierto punto insuprimibles, estando ligadas al mercado y antes incluso a la división del trabajo y a la inevitable

sujetos privilegiados; mientras que otras –por ejemplo, las de mujer, negro, herético, apóstata, extranjero, apátrida o extracomunitario– son consideradas como estatus discriminados, fuente de exclusiones o de sujeción y, algunas veces, de persecución... Es claro que en este modelo las diferencias resultan diseñadas y sancionadas como desigualdades, es decir, como privilegios y discriminaciones, poco importa que se cubran bajo el manto de un falso universalismo.” (p. 749)

²⁴⁵ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011. Dice: “En el plano jurídico las diferencias no son origen de discriminaciones, sino que más bien son desconocidas, ocultas y enmascaradas: las mujeres, por ejemplo, tienen los mismos derechos que los hombres en cuanto sean considerados o se finja que sean (como los) hombres y a ellos se asimilen en los estilos de vida y en los patrones de comportamiento. Pero justamente por ser desconocidas de derecho, las diferencias resultan penalizadas de hecho –para los diferentes que se asimilan, como para aquellos que no lo hacen– por los anchos márgenes de ineffectividad de la proclamada igualdad” (p 750).

²⁴⁶ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 750.

diferenciación de los poderes y los deberes, de los cargos y de las competencias. En cierta medida, sin embargo, se pueden reducir.” pero, no obstante, “son, si no removidas, al menos reducidas o compensadas por aquellos niveles mínimos de igualdad material (o social) que provienen de la satisfacción de los derechos sociales fundamentales”²⁴⁷

Me interesa aquí destacar, en primer lugar, que, en nuestro sistema económico capitalista, –del que el derecho toma su esencia y le devuelve como reflejo un sistema de reglas y principios que le permitan su crecimiento, desarrollo y sostenimiento en el tiempo, a pesar de sus crisis–, hay desigualdades –amparadas por el derecho, es decir, legales– generadas por la diferente adquisición de bienes, servicios, dinero, posición económica, etc., que, a lo sumo, y dependiendo directamente del modelo de intervención estatal adoptado, podrá mitigarse o reducirse.

Por último, veamos el concepto y funcionamiento de las *discriminaciones* en este sistema teórico expuesto por Ferrajoli: “las discriminaciones son algo distinto de las desigualdades jurídicas de las que acabo de hablar: son, precisamente desigualdades antijurídicas dado que consisten en la violación del principio de igualdad, es decir, en el desigual tratamiento de las diferencias que éste tutela por igual o en la frustrada satisfacción de los derechos sociales conferidos a todos también por igual. Quiero decir que la igualdad en los derechos no es más que una igualdad en las expectativas, en las expectativas de no lesión en qué consisten los derechos individuales, y en las expectativas de prestaciones en qué consisten los derechos sociales”²⁴⁸.

Sintetizando entonces, cómo funcionan y se relacionan los conceptos de *diferencias*, *igualdad jurídica*, *desigualdad jurídica*, *desigualdad antijurídica* (*discriminación*), en un modelo de igual valoración de la diferencia en protección y garantía de los derechos fundamentales, en palabras de Ferrajoli: “Lo opuesto a la *igualdad* no es la *diferencia*, sino la *desigual-*

²⁴⁷ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 746.

²⁴⁸ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 747.

dad, sea jurídica o antijurídica. Son desigualdades jurídicas (contrarias a la igualdad) las desigualdades económicas y sociales generadas por los derechos patrimoniales y por las demás situaciones singulares de las que cada uno es titular de modo distinto a los otros, son desigualdades antijurídicas (contradictorias con la igualdad) las generadas por la violación de la igualdad, o sea, por las discriminaciones de las diferencias. Las primeras son reducidas, si no eliminadas, por la efectividad de los derechos sociales, que imponen niveles mínimos de la que llamamos igualdad sustancial: la cual no es ya contradicha sino no actuada, si de hecho son ignoradas las necesidades vitales que tales derechos imponen satisfacer. Las segundas son impedidas por la efectividad de los derechos individuales, que imponen aquella que llamamos igualdad formal: la cual a su vez es, no ya contradicha, sino violadas, cuando de hecho resultan discriminadas las diferencias que tales derechos obligan a tutelar.²⁴⁹

Me pregunto si en esta clasificación propuesta entre *diferencias*, *desigualdades jurídicas* y *discriminaciones*, no es necesario distinguir entre *discriminaciones antijurídicas* (discriminación negativa) y *discriminaciones jurídicas* (discriminación positiva, medidas de acción afirmativa). También las acciones positivas pueden ser consideradas como desigualdades jurídicas, al igual que las que se derivan de los derechos patrimoniales, pero justificadas no por el sistema económico capitalista –como las primeras–, sino por la necesidad de construcción de una sociedad más igualitaria en la que exista un mecanismo de disminución de las desigualdades jurídicas intolerables o extremas.

1.4. La igualdad como derecho (meta-derecho individual y meta-derecho social)

El principio de igualdad, además de ser una relación entre personas basada en ser titulares de los mismos derechos fundamentales, se manifiesta como una norma tética –la igualdad ante la ley– que a su vez

²⁴⁹ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 752.

equivale a un específico derecho, más exactamente a un meta derecho fundamental: el derecho a la igualdad, que al mismo tiempo es un meta-derecho individual y un meta-derecho social.

Dice el jurista italiano; “Como *metaderecho individual* consiste, como dice el primer apartado del artículo 3 de la Constitución italiana, en la expectativa negativa de igualdad *ante la ley*, es decir, a no ser discriminado excluido o reprimido por las diferencias de *sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas o condiciones personales o sociales*. Como *metaderecho social* consiste, como dice el segundo apartado del mismo artículo, en la expectativa positiva de la remoción de los obstáculos que impiden el desarrollo de la persona humana y su participación en la vida política económica y social: esto es, en la promoción de las que Amartya Sen llama capacidades fundamentales y de las que depende, junto a la integración de la persona en la sociedad y a un mínimo de igualdad sustancial, la efectividad de todos sus otros derechos”²⁵⁰

1.5. La tutela de los derechos fundamentales ante las desigualdades jurídicas

Una de las cuestiones que se reiteran en esta investigación es la pregunta por los mecanismos de respuesta institucionales ante esta desigualdad, en el contexto político recién referido, es decir; ¿Cuándo el ordenamiento jurídico permite reaccionar ante las desigualdades jurídicas que anidan en su propia estructura?, y –en tal caso–, ¿Cómo?, ¿Con qué instrumentos jurídicos?

Ferrajoli ofrece una respuesta a las preguntas del cuándo y del cómo: “Y cuando alcanzan límites intolerables –convirtiéndose en aquellos *obstáculos de orden económico y social* que, como dice el artículo 3.2 de la Constitución italiana, *limitando la libertad y la igualdad de la ciudadanía, impiden el desarrollo de la persona humana y su efectiva participación en la vida pública*–, entonces deben ser removidas o com-

²⁵⁰ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, Tomo I, p. 747.

pensadas mediante la satisfacción de los distintos derechos sociales a la supervivencia: a la salud, a la previsión social, a un salario equitativo, a la instrucción y similares”.

Cuando se superan los límites de tolerancia social y las desigualdades se transforman en intolerables, es decir a partir de una determinación –más que individual, colectiva– de tipo ético o moral que obliga a intentar –primero políticamente, para continuar institucionalmente y finalizar con la cristalización de derechos y obligaciones en un determinado ordenamiento jurídico concreto– reducir (no eliminar) estas desigualdades jurídicas (y sustanciales)²⁵¹ insostenibles y excesivas, para una gran mayoría de la sociedad.

Esta reacción –siguiendo a Bourdieu– se produce en el *campo social*, en el que luchan los sectores afectados por esa intolerable y excesiva desigualdad para cambiar el sistema económico, cultural o social que la genera y determina, en una lucha –por diferentes medios– por la hegemonía de una interpretación de cuáles son los límites sociales de tolerancia a la desigualdad en cada situación concreta. Luego, esta lucha emancipatoria que se inicia en las calles, se trasladará, primero, al *campo de poder* y, más tarde, se termina reflejando en el *campo jurídico*.

Abundan ejemplos de este tipo de movimientos sociales, culturales, transformadores, a partir de la generalización de una mirada crítica sobre algún tipo de desigualdad intolerable y excesiva, tanto en el pasado como en nuestra reciente historia nacional. La desigualdad jurídica (y sustancial) entre el hombre y la mujer, naturalizada por largos años, generó una reacción social –en el que miles de mujeres salieron a las calles a luchar por sus derechos– (*campo social*); que se tradujo en modificaciones institucionales –por ejemplo, la primera ley de cupo

²⁵¹ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 744. Sobre la igualdad jurídica y la igualdad real dice: “En sentido cognitivo, o sea, entendida como un hecho, la igualdad es falsa. En sentido prescriptivo, o sea, como valor, expresa en cambio un ideal límite, jamás plenamente realizado y sin embargo progresivamente realizable, donde el principio sea tomado en serio, gracias a la percepción, al descubrimiento y a la denuncia de sus violaciones” (p 755).

femenino en la representación política– (*campo de poder*) y reformas jurídicas tendientes a reducir esas desigualdades –por ejemplo, la aprobación del artículo 37 de la Constitución nacional sobre la igualdad política entre el hombre y la mujer– (*campo jurídico*). Sin que exista, en primer lugar, esta percepción general respecto de la intolerancia de una desigualdad jurídica excesiva –semilla del cambio–, que –luego– genera una reacción y lucha social, no es posible pasar a intentar responder la segunda pregunta referida a cómo lo hacemos, con qué herramientas, de qué forma.

Un caso de estudio resulta ser la experiencia reciente de la República de Chile, donde se consolidó durante décadas un modelo de estado neoliberal que generaba evidentes desigualdades sociales que, durante mucho tiempo, fueron toleradas por su pueblo, hasta que tales inequidades –especialmente en el goce y disfrute del derecho a la educación– fueron resignificadas por la mayoría de personas excluidas o sojuzgadas –en especial los jóvenes–, produciendo una masiva protesta social en las calles, como reacción a situaciones de desigualdades intolerables y excesivas. Posteriormente esa lucha se institucionalizó y luego fue iniciado un proceso de reforma constitucional que no finalizó con la aprobación de un nuevo texto, pero permitió el acceso al poder a una nueva fuerza de izquierda nacida del movimiento social de protesta por el derecho a la educación pública, gratuita y de calidad.

Este caso –al igual que otros– nos debe llevar a preguntarnos si, mientras las desigualdades jurídicas derivadas del propio funcionamiento mercantil de los derechos patrimoniales son aceptadas o toleradas por la mayoría: ¿Los derechos sociales fundamentales –que reconocen, por ejemplo, el derecho a la educación– son exigibles? ¿Se trata de derechos subjetivos ejecutables ante los jueces?, ¿Son válidas y aplicables las garantías contra esas desigualdades? Seguramente, como en todo proceso histórico social, las respuestas las hallaremos en los diarios del lunes.

Esta historicidad de las dimensiones de la igualdad y su utilización política –sea para mantener un statu quo o para transformarlo radical-

mente– es explicada por Ferrajoli de la siguiente manera: “En suma, esta historicidad de la dimensión semántica y al propio tiempo pragmática del principio de igualdad permite resolver una aparente aporía: el hecho de que haya sido pensado y originariamente modelado sobre parámetros masculinos y de clase, y que sin embargo haya mantenido y conserve todavía, gracias a las luchas emprendidas en su nombre y a las nuevas subjetividades que ha promovido un carácter permanentemente revolucionario. Las dos dimensiones del principio –la una conservadora y mistificadora, la otra desmistificadora y revolucionaria– se conectan la primera a su concepción de tesis asertiva, que asume como realizada o peor como verdadera la igualdad modelada en cada ocasión sobre parámetros de parte, ignorando sus violaciones en perjuicio de quién está excluido, y la segunda en su concepción como norma, que permite comprender y combatir como su violación las concretas discriminaciones y desigualdades”.²⁵²

El germen del cambio histórico, la semilla ética que da nacimiento a la lucha social para transformar la realidad y hacerla un poco más tolerable para los cuerpos de las personas excluidas o discriminadas, tiene como sustento argumentativo el *valor de la igualdad*, con su particular interpretación en el imaginario colectivo de una sociedad determinada en tiempo y espacio. También, la igualdad como valor, desde otra mirada ideológica y política, puede ser argumento para mantener las cosas tal como están dadas. En palabras de nuestro autor: “...sólo si se acepta esta asimetría del estatuto entre igualdad como norma y diferencias de hecho, el principio de igualdad adquiere sentido como criterio de valoración que permita reconocer y recurrir contra la ineffectividad de la primera en las discriminaciones de hecho de las segundas”²⁵³.

²⁵² Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 755.

²⁵³ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 758.

Sin dudas, estos procesos sociales en los que una comunidad deja de considerar tolerable una situación concreta y comparte la indignación frente a un tipo de desigualdad jurídica (y sustancial) excesiva, no podrán ser estudiados en la presente investigación: ¿Cuándo una desigualdad jurídica y social es intolerable y excesiva?

Desentrañar estos fenómenos tan complejos, para entender cómo nacen, implica intentar responder este tipo de preguntas; ¿Cómo una sociedad comparte una mirada crítica respecto de una relación desigual?, ¿Cómo reacciona colectivamente frente a ella?, ¿Cómo se organiza y lucha por cambiar la situación?, ¿Cómo canaliza políticamente su crítica?, ¿Cómo trasladan sus ideales de justicia al espacio concreto en disputa, otorgándoles un sentido contra-hegemónico?, y luego –en algunos casos– ¿Cómo arriban a una modificación institucional y a una reforma o supresión del ordenamiento jurídico donde se alojaba la desigualdad jurídica? Todas estas cuestiones no las puedo abordar en un estudio –como el presente– que se dedica –desde el derecho– al análisis del interior del campo jurídico.

Ahora, esta conexión entre el fenómeno social y su reflejo jurídico no debe desconocerse, no se puede analizar la igualdad y la desigualdad jurídica sin este marco o contexto histórico social. En palabras del maestro italiano: “El principio de igualdad es ciertamente, de entre todos los principios normativos, el más expuesto a estos cambios de significados. En efecto, la percepción de la desigualdad, así como la de la violación de los derechos, es siempre un fenómeno social: una percepción en un primer momento minoritaria incluso para quienes son víctimas de una cierta desigualdad, después compartida por la mayoría de ellos y finalmente destinada con el desarrollo y el éxito de sus luchas a generalizarse y a convertirse en opinión común... De este modo se explican las progresivas ampliaciones del significado extensional del principio de igualdad provocadas por tantas luchas que, en el curso de los dos últimos siglos, han iluminado y compartido otras tantas violaciones: de las luchas de los trabajadores a las de liberación de los pueblos, de las luchas contra la segregación de los negros en

Estados Unidos y en África del Sur a las batallas de las mujeres y a las experiencias que les dieron soportes...”²⁵⁴.

1.6. Las garantías de la igualdad como garantías de las diferencias

Antes de ingresar al estudio de las garantías de la igualdad, quiero repasar el rol de las categorías conceptuales garantías primarias (es la obligación de prestación o la prohibición de lesión dispuestas en garantía de un derecho subjetivo) y garantías secundarias (es la obligación de anulación o de condena predispuestas en garantía de la anulabilidad de un acto inválido o de responsabilidad por un acto ilícito), en la teoría del derecho del autor italiano.

Explica: “Las garantías primarias son, pues, las garantías de los derechos; las garantías secundarias lo son en cambio de la anulabilidad y de la responsabilidad frente a las posibles violaciones de las primeras por obra de actos inválidos o de actos ilícitos. En ambos casos se trata de deberes. En concreto, mientras que las garantías primarias son deberes consistentes o en obligaciones de prestación o en prohibiciones de lesión, según que los derechos garantizados sean positivos o negativos, las garantías secundarias son siempre y sólo obligaciones, consistiendo en la obligación de la anulación o de la condena correlativa a esas particulares expectativas positivas que son la anulabilidad y la responsabilidad. Se comprende que las garantías secundarias sean siempre subsidiarias de las primeras: intervienen como obligaciones de pronunciar la anulación o la condena de los actos inválidos o de los actos ilícitos, o sea, de las violaciones jurídicas en las que todos esos actos consisten, incluidas por lo tanto las violaciones de los derechos y de las respectivas garantías primarias. Pero son precisamente las garantías secundarias las que caracterizan específicamente al derecho positivo frente a todos los demás sistemas normativos gracias

²⁵⁴ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 758.

a la efectividad que permiten asegurar mediante la coerción y el uso regulado de la fuerza”.²⁵⁵

Corresponde ahora ingresar a la parte de la teoría garantista del derecho de Luigi Ferrajoli, que expone cuáles son las herramientas y cómo se aborda desde el ordenamiento constitucional la desigualdad jurídica. Reiterando las palabras del jurista italiano, estas desigualdades jurídicas intolerables y excesivas en un Estado social y democrático de derecho; deben ser removidas o compensadas mediante la satisfacción de los distintos derechos sociales.

Son entonces, por un lado, *remoción o compensación* y por el establecimiento de niveles mínimos de igualdad social a partir del reconocimiento y efectividad de los *derechos sociales*, los mecanismos del propio ordenamiento legal para resolver el problema de la intolerancia social a ciertas desigualdades jurídicas excesivas. ¿Se trata de las garantías primarias y secundarias de estos últimos derechos? Veamos.

En este sistema así expuesto, el principio de igualdad (jurídica), por un lado, tutela las *diferencias* de las personas (naturales o culturales) a través de las garantías (primarias y secundarias) de los derechos individuales fundamentales y de los conexos espacios de libertad y autonomía personal, y, por el otro, ataca o impugna las desigualdades excesivas o intolerables por medio de los derechos sociales, a través de sus garantías (primarias y secundarias) y de las conexas relaciones con el principio de solidaridad. Según Ferrajoli: “De este modo, la igualdad se configura como el término de mediación entre los otros dos clásicos principios –la libertad y la fraternidad– proclamados por la Revolución Francesa”.²⁵⁶

El esquema de *garantías de la igualdad* contra las discriminaciones de las diferencias (desigualdad antijurídica) se divide en dos tipos;

²⁵⁵ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p.631.

²⁵⁶ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 746.

- a) El primero de ellos –*garantías de igual valor*– se caracteriza porque la igualdad perseguida no tiene relevancia como fuente de discriminaciones o de privilegios y funciona con mecanismos de prohibición de discriminaciones y privilegios.
- b) El otro, en el que sí tiene relevancia las diferencias para no ser discriminatorias y tienen como mecanismo la puesta en evidencia y otorgamiento de relevancia a esas diferencias. Son las llamadas *acciones positivas* para ayudar a sujetos generalmente discriminados.

Amplío aquí la opinión de Ferrajoli sobre las *acciones positivas*, pensadas como garantías de las situaciones en que las discriminaciones están presentes, existen en nuestras sociedades, y se fundan en la relevancia de las diferencias.

Dice, luego de mencionar las acciones positivas para ayudar a sujetos discriminados por su identidad de género: “Este tipo de acciones es mirado habitualmente con fastidio y sospecha también por una parte del pensamiento feminista, dado que revelaría finalidades de tutela que vendrían a sancionar de hecho la desigualdad. Me parece que es una objeción que contradice la premisa misma de la política del derecho orientada a la defensa de las diferencias contra las discriminaciones de las que son objeto. Si se tiene en cuenta ciertamente que tales discriminaciones constituyen el efecto de la tácita aplicación de una regla de tipo homologante que de hecho selecciona positivamente a quien se conforma al modelo normativo dominante y negativamente a quien no se conforma, entonces se justifica una nueva regla que seleccione positivamente la diferencia discriminada y que, según una feliz expresión propuesta por Letizia Gianformaggio, opere como una suerte de regla transitoria de actuación del principio de igualdad, y precisamente de aquel de sus corolarios que es la igualdad sustancial propuesta por el segundo apartado del artículo 3 de la Constitución italiana”²⁵⁷.

²⁵⁷ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 753.

Luego analiza un argumento contrario a las acciones positivas que se basa en la presencia del mérito como límite a estas garantías. Responde: “Si en cambio semejante regla de actuación de la igualdad resulta contestada, acaso con el argumento de que la acción positiva confirmaría la desigualdad desde el momento en que tutela la diferencia discriminada, ello quiere decir que se asume implícitamente que la igualdad así realizada iría en detrimento de las diferencias individuales de mérito (cualquier cosa que se entienda con esta palabra) y que por tanto se supone que la discriminación no existe, siendo los criterios de mérito considerados en contraste con la lamentada discriminación, perfectamente objetivos, neutrales e imparciales”.²⁵⁸

La respuesta de Ferrajoli es que es indudable que las discriminaciones existen en nuestras sociedades actuales, por lo que la garantía de la igualdad sólo puede venir a través de la garantía de la diferencia y viceversa. Si bien resalta el rol de las medidas de acción positiva para garantizar la efectividad de los derechos sociales y, en forma refleja, disminuir las desigualdades sustanciales que son intolerables por excesivas, en su teoría no analiza en forma diferencial las situaciones históricas en las que en un país determinados grupos de personas son sojuzgados, discriminados, excluidos o simplemente ignorados por sus diferencias naturales o culturales. Es decir, en los textos analizados, encuentro que no aborda el fenómeno de lo que autores como Owen Fiss o Roberto Saba denominan *desigualdad estructural*.

En el siguiente punto describiré el principio de igualdad estructural –trabajado en nuestro país por Saba– y en el próximo capítulo desarrollaré con más detalle las garantías de las medidas de acción positiva y sus fundamentos constitucionales.

²⁵⁸ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 753.

1.7. Una mirada complementaria a las garantías de efectividad de los derechos sociales fundamentales

Antes de despedirnos –por ahora– del profesor italiano, quiero dejar planteada una aclaración complementaria respecto de la afirmación del autor en cuanto sostiene que la efectividad de los derechos sociales fundamentales pretende alcanzar un piso mínimo de satisfacción o “niveles mínimos de igualdad material o social”.

Esto, efectivamente es así en las experiencias de los países de la región y Europa y se condice con el carácter formal de la tesis del derecho del jurista italiano, pero también es cierto que existen otros modelos político institucionales en los que las necesidades colectivas básicas –que coinciden con el contenido de los derechos sociales– son incluidas en esferas de la justicia –esfera de la ciudadanía– en las que no existen prestaciones por fuera de las provistas por el Estado, es decir se sustraen de los mercados y por lo tanto no revisten el carácter de derechos patrimoniales, ni se les aplican las reglas de competencia propia de los ámbitos comerciales.

El constitucionalista chileno Fernando Atria, quien realizó un inquietante planteo sobre la existencia de los derechos sociales²⁵⁹, en una entrevista sostuvo que: “Y eso lleva al siguiente paso, que es el aseguramiento de los derechos sociales. Creo que deben ser pensados así, son derechos cuya finalidad no es proveer de algún mínimo a quien no puede comprar en el mercado, esa no es la lógica de los derechos sociales. Su lógica es descodificar esferas sociales, que no sean mercado, que se articulen con un criterio de igualdad ciudadana y no de capacidad de pago, de modo de asegurar a todos por igual las condiciones materiales de la libertad.”²⁶⁰

²⁵⁹ Atria, Fernando, ¿Existen los Derechos Sociales?

²⁶⁰ Cabral, Pablo Octavio y Ciucci, Juan Manuel, “Entrevista al profesor Fernando Atria”, publicado en Revista Broquel, N° 14, 11 de junio de 2021, Procuración del Tesoro de la Nación. Allí agregó Atria: “Pensaría precisamente que la noción de derecho social es la manera de afirmar la importancia de la esfera de la ciudadanía. Creo que, en la esfera de la ciudadanía, el contenido de la ciudadanía está dado por los derechos sociales. Y

2. El modelo de la igualdad estructural en la obra de Roberto Saba

La propuesta de distinguir en nuestro derecho entre un tipo de principio de igualdad ante la ley de tipo liberal (art.16 CN), y de igualdad estructural fue expuesto con claridad conceptual por Roberto Saba, de quien tomamos para este punto las ideas centrales de sus trabajos académicos y su libro “(Des) igualdad estructural. Más allá de la igualdad formal ante la ley”.²⁶¹

Para Saba la tradición constitucional igualitaria se inició en 1810, fue reflejada en la Constitución de 1853 y perfeccionada en la reforma de 1994. Para sostener ello, inicia su trabajo realizando una lectura de un texto de Mariano Moreno que enlaza con la Constitución de 1853, hasta proponer una confirmación de la visión estructural de la igualdad en las reformas a la carta magna del año 1994.

eso exige una determinada forma de organización de las esferas respectivas relacionadas con los derechos sociales. Yo diría que eso hace la distinción fundamental entre mercado y derechos sociales. Desde la esfera del mercado funciona con un criterio desigual: a cada uno según lo que cada uno puede dar a cambio. Y la esfera de la ciudadanía funciona con un criterio igualitario. Yo diría esa en mi impresión esa es la distinción fundamental. De hecho, creo que la esfera de los derechos sociales es una condición de la esfera del mercado. El mercado es un espacio necesario para la realización personal, lo que sí es fundamental es separar las condiciones materiales de la libertad de modo tal que ellas no sean afectadas por el desempeño diferenciado desigual en el mercado, por los resultados desiguales del mercado. Porque la desigualdad que el mercado genera no es una patología del mercado, es parte de su funcionamiento normal. El mercado requiere, creo yo, como condición de humanidad que haya esa otra esfera que funciona con criterios no mercantiles. Ahora, ¿puede haber esferas adicionales?, ¿puede haber distinciones adicionales? Entonces, creo que a nivel constitucional eso se hace mediante una garantía de derechos sociales como derechos de ciudadanía: ese es el correlato constitucional de esta. ¿Puede haber diferencias ulteriores o una diferenciación más fina? Yo creo que sí. La esfera de la familia no funciona con la misma lógica que la esfera del mercado. En fin, creo que hay espacios para ulteriores diferenciaciones, pero que no necesitan tener, lo digo pensándolo ahora, no todas esas esferas necesitan tener correlato constitucional.”

261 Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016.

Su argumentación intenta demostrar que; “a la luz de las modificaciones introducidas en la Constitución argentina en 1994, en particular en su nuevo art. 75, inc. 23 –pero también en los arts. 37, 75, inc. 2 y 75, inc. 19– la visión estructural de la igualdad ha sido expresamente incorporada”²⁶² Esta postura, como veremos, es aceptada en general por una importante parte de la doctrina y de la jurisprudencia, aún de nuestro máximo tribunal de justicia federal.

El concepto de igualdad ante la ley que recepitó la Constitución argentina de 1853/60 en su artículo 16, es parte de una visión individualista cuya matriz ideológica liberal resulta central para el constitucionalismo clásico en la que abrevia nuestra carta magna. Desde una óptica superadora se propone una mirada estructural a las relaciones entre los diferentes grupos –aventajados e incluidos y desaventajados y excluidos– que integran una sociedad en un determinado lugar y momento histórico.

Veamos algunos conceptos y clasificaciones para entender los dos modelos de igualdad en estudio: a) Uno, más cercano del pensamiento liberal clásico, de cariz individualista y que fue constitucionalizado en 1853, y se encuentra relacionado con el *trato igual* y el *principio de no discriminación*. Esta versión del principio de igualdad formal requiere una supuesta *intención* de discriminación reconocida a partir de la irrazonabilidad del criterio de selección elegido por la norma o regulación; b) El otro con un claro componente estructural o social, en el que se considera fundamental incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática al que están sometidos amplios sectores de las sociedades. Esta visión social o estructural de la igualdad se apoya en la idea de que el derecho no puede ser completamente ciego a las relaciones existentes en determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas de una comunidad. Se vincula con el *principio de no sometimiento* y, a diferencia del

²⁶² Saba, ob. cit, pág.32.

anterior modelo, no presupone una intención discriminatoria en quien realiza la distinción.

Esta propuesta parte de reconocer que, en nuestras sociedades latinoamericanas, más allá del reconocimiento formal del derecho ante la igualdad ante la ley y la vigencia del principio de no discriminación, existen situaciones graves de exclusiones históricas de grupos sojuzgado socialmente. Dice Saba: “Sin embargo, existen en nuestras sociedades colectivos de personas que, a causa de esa misma pertenencia a determinados grupos, carecen de acceso a ciertos empleos, funciones, actividades, espacios físicos o a la práctica del autogobierno, dada la situación de sometimiento que padecen. Mi supuesto inicial será que esas personas no se autoexcluyen en forma voluntaria y autónoma. En la Argentina casi no hay normas que excluyan a las mujeres, las personas con discapacidad, a los indígenas o a otros grupos –a veces llamados vulnerables– del ejercicio de los derechos a ser elegidos para cargos públicos, trabajar en la administración pública, acceder a la educación, a la salud o a la alimentación. Sin embargo, de hecho, alcanzar esas metas es para ellos *sólo palabras* y esto se debe a una situación sistemática de exclusión social o de sometimiento de esos grupos por otros o por el resto de la comunidad surgida de complejas prácticas sociales, prejuicio y sistemas de creencias que los desplazan de ámbitos que, desde luego, ellos no controlan”.²⁶³

El principio de *igualdad de trato y no discriminación* construido a partir del artículo 16 de la Constitución Nacional desde una posición liberal e individualista, dispone que el Estado puede tratar de modo diferente a las personas siempre y cuando lo haga en forma homogénea uniforme y no arbitraria. Este estándar es reformulado y exige un doble juicio; primero establecer la finalidad de la norma que crea la distinción o aplica una categoría, segundo encontrar una

²⁶³ Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p 31.

relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el criterio escogido y el fin buscado.

En palabras de Saba: “Esta visión de la igualdad ante la ley, que algunos han dado en calificar de individualista –porque analiza la situación del individuo independientemente de la situación del grupo que este integra– genera la posibilidad de hacer distinciones basadas sobre criterios razonables, es decir, aquellos que logran establecer una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación. Esta concepción de la igualdad tiene por objeto impedir que el Estado tome decisiones sobre la base de prejuicios e ideas estigmatizantes de las personas y dé lugar a tratos arbitrarios. Desde esta perspectiva, un artículo como el 16 de la Constitución argentina tendría como finalidad que se trate a las personas de modo que lo único relevante sea su capacidad para cumplir con el objeto que busca la regulación en cuestión, siempre que dicho objeto sea constitucional. El Estado debe ser ciego a las características de nacimiento, físicas o de otro tipo que resulten irrelevantes para los fines de la actividad que la persona aspira a realizar; por ejemplo, desempeñarse en un empleo”.²⁶⁴

El problema surge cuando esta interpretación de la igualdad ante la ley –en tanto igualdad de trato y principio de no discriminación– no resuelve satisfactoriamente los efectos no igualitarios de sociedades, como puede ser la argentina, con desigualdades estructurales y discriminaciones sistémicas de hecho. Explica el autor en estudio: “Intentaré señalar que en una gran cantidad de casos el principio de no discriminación, sostenido por una visión individualista del principio de igualdad ante la ley, no provee suficientes herramientas para evitar los efectos no igualitarios de los tratos supuestamente neutrales. Me refiero a aquellas situaciones en que se realizan diferencias de hecho en el trato que reciben las personas y que derivan en exclusión o sometimiento

²⁶⁴ Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p 50.

sistemático, a pesar de la intención formal de la autoridad estatal de no guiarse por prejuicios e impulsos arbitrarios”.²⁶⁵

En respuesta a esta falta de solución al problema de la discriminación estructural de grupos sociales excluidos, surgieron posturas de autores como Owen Fiss²⁶⁶, Robert Post, Reva Siegel o Catharine MacKinnon, que seguidos por profesores nacionales como Roberto Saba, proponen una versión de la igualdad ante la ley que no se asocia al principio de no discriminación, sino al principio de no sometimiento, exclusión o sojuzgamiento.

Explica Saba que; “Esta lectura de la desigualdad y su consiguiente visión de la igualdad ante la ley no se vincula con la irrazonabilidad disfuncional o la no instrumentalidad del criterio escogido para realizar la distinción, sino que entiende que el objetivo que la igualdad ante la ley persigue es el de evitar la constitución de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados en una sociedad...Evitar que se genere un grupo excluido, sometido o sojuzgado y se perpetúe esa condición sería entonces el fundamento del principio de igualdad ante la ley”.²⁶⁷

En esta versión de la igualdad, complementaria a la clásica liberal, es central la construcción de concepto de grupo, definido a partir de su condición de sometido o sojuzgado. Explica Saba que en la teoría de Fiss, el grupo reviste las siguientes características: tiene una identidad propia diferente de las identidades de los miembros específicos que lo componen; la identidad y el bienestar del grupo y la identidad y el bienestar de sus miembros son interdependientes; los miembros del grupo se identifican por su pertenencia a este y su estatus se ve determinado por el estatus del grupo; en su mayoría son grupos pauperizados y esa condición se ha prologando durante varias generaciones, produciendo

²⁶⁵ Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p 52.

²⁶⁶ Fiss, Owen, Una comunidad de iguales, editorial Miño y Dávila, Madrid, 2002.

²⁶⁷ Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p 58.

do una deuda social. Agrega Saba una característica más; su falta de responsabilidad respecto de su propia situación de exclusión o sometimiento, precisamente por estar más allá de su voluntad.²⁶⁸

En síntesis, la igualdad como no sometimiento “impacta sobre el modo en que concebimos y entendemos otros derechos reconocidos en las Constituciones y los tratados internacionales, así como sobre las obligaciones estatales surgidas a partir del compromiso constitucional del Estado de proteger a las personas contra la desigualdad estructural”.²⁶⁹

3. *El modelo de igualdad estructural de oportunidades* *de Lucas Grosman*

Por último, quiero dar cuenta de otra opinión teórica que reinterpreta la posición expuesta por Roberto Saba sobre el principio de igualdad estructural en nuestro ordenamiento jurídico actual. Lucas Grosman, también influenciado por la obra de Owen Fiss, propone como idea superadora la de *igualdad estructural de oportunidades* que –entiende– surge de los ideales constitucionales que dan contenido al derecho de igualdad.

Distingue Grosman entre igualdad, como derecho e igualdad, como ideal social. Así lo explica: “La igualdad *qua* derecho es el derecho a ser tratado de cierta manera. Este, como dije, es sólo un aspecto de lo que la igualdad significa. La igualdad posee una dimensión que no es reducible al modo en que se trata a las personas, sino que se refiere más bien a lo que la sociedad *debe ser*...La igualdad, en estos casos, se vincula con los grandes números, las estadísticas, las dinámicas sociales a largo

²⁶⁸ Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p 61.

²⁶⁹ Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p 81.

plazo. Cuando nos referimos a la igualdad de esta manera, la estamos concibiendo como un ideal social.”²⁷⁰

Son entonces los ideales sociales que se encuentran consagrados en la Carta magna los que van a dar contenido al derecho de igualdad. Dice este autor que; “La Constitución no se limita a establecer lo que el Estado no puede hacer. No indica, sobre todo, lo que el Estado debe hacer. Cuando el cumplimiento de un deber estatal consiste en perseguir un ideal constitucional, esto implica realizar las distinciones necesarias a tal fin. Por eso, si partimos de los ideales que el Estado debe alcanzar, una distinción como la que involucra el caso hipotético descripto aparecerá como algo no solo tolerado, sino exigido por la Constitución...En definitiva, si concebimos la Constitución como la consagración de los ideales más preciados de la sociedad, y los derechos, incluido el de igualdad, como los mecanismos creados para alcanzar esos ideales, no queda espacio para una preferencia residual por la neutralidad estatal”²⁷¹.

En su desarrollo conceptual, coincide con Saba, que existen dos modelos respecto de la idea de igualdad, uno caracterizado por el *principio de antidiscriminación* (versión liberal individualista de la igualdad para resolver los casos paradigmáticos de arbitrariedad) y el otro, conocido como el *principio de anti-subordinación* (anti-subyugación de grupo o anti-casta que propone una visión estructural de la igualdad).

Llegado a estas instancias, agrega el autor una distinción, al afirmar que el principio de anti-subordinación sólo tiene aplicación cuando se piensa en la igualdad como ideal social. Dice: “La mejor forma de concebir el principio anti-subordinación es como un ideal

²⁷⁰ Grosman, Lucas S: *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Librería, Buenos Aires, 2008, p. 71.

²⁷¹ Grosman, Lucas S: *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Librería, Buenos Aires, 2008, p. 65 y sgtes.

constitucional que, como tal influye en la determinación del contenido del derecho a la igualdad, pero no lo agota”²⁷²

De dicha afirmación surge que, deberá analizarse en cada caso si es de aplicación uno u otro principio vinculado al derecho de igualdad, ya que el principio de anti-subordinación: “es un ideal que por su importancia desplazará a otros ideales en muchos contextos –sin dudas resultará preeminente cuando el trato preferencial de un grupo desaventajado esté en juego–, pero esto no quita que otros ideales gobiernen la determinación del contenido del derecho de igualdad en casos en los que el principio anti subordinación no está involucrado”²⁷³.

Se pregunta entonces Lucas Grosman, si en nuestro país el principio de anti-subordinación es un ideal que da contenido al principio de igualdad en nuestra constitución, como vimos fue afirmado por Roberto Saba. En síntesis, realiza dos posturas propias sobre la posición de Saba; la primera vinculada con su afirmación de la adopción del principio de antidiscriminación en la Argentina y la segunda sobre el papel que para aquél juega el principio de anti-subordinación en nuestra Constitución nacional.

Dice; “Con respecto a la primera cuestión, soy renuente a conceder que el artículo 16 haya sido tradicionalmente interpretado como el principio antidiscriminación...No considero, en definitiva, que la jurisprudencia argentina en materia de igualdad refleje el mismo compromiso con el principio antidiscriminación que ha prevalecido en Estados Unidos”²⁷⁴

La segunda objeción de Grosman resulta más interesante para mi trabajo; “Pasando a la segunda cuestión, creo que es problemático entender la relación entre el principio antidiscriminación y el principio

²⁷² Grosman, Lucas S: *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Librería, Buenos Aires, 2008, p. 65 y sgtes.

²⁷³ Grosman, Lucas S: *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Librería, Buenos Aires, 2008, p. 65 y sgtes.

²⁷⁴ Grosman, Lucas S: *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Librería, Buenos Aires, 2008, p. 65 y sgtes.

antisubordinación en términos de complementariedad. No cabe entender que dos enfoques son complementarios si hay un área central en la que se contradicen. Esto es lo que ocurre con el principio antidiscriminación y el principio antisubordinación en lo que respecta al trato preferencial de un grupo desaventajado. Podría decirse que ambos principios son complementarios si uno tendiera a abarcar supuestos que otro no contempla, o incluso si existiera alguna contradicción en un tema marginal. Sin embargo, que una persona sea tratada en forma preferencial en atención a su raza o género en aspectos tan centrales de su vida como el acceso a la universidad o a un empleo se encuentra en el núcleo de lo que uno y otro principio pretenden regular, y lo hacen en forma opuesta”²⁷⁵.

En definitiva, comparte con Saba que luego de la reforma constitucional en 1994 se produjo una modificación del principio de igualdad, impactando en este ideal el principio de anti-subordinación, pero desde una visión más amplia.

Para Grosman el nuevo ideal constitucional de igualdad después de la última reforma, es el que él denomina principio de igualdad estructural de oportunidades, fundado también en los artículos 37, 75, incisos 2, 19 y 23 de la Carga magna, aclarando que es un modelo que supera la versión delgada de la igualdad de oportunidades: “Ahora bien, si la igualdad de oportunidades es, para la Constitución argentina, un ideal cuya realización depende de las acciones positivas, de la educación gratuita y equitativa y del modo de distribución de la recaudación impositiva, resulta claro que no puede tratarse de la concepción delgada que subyace al principio antidiscriminación.”²⁷⁶

En sus palabras, la síntesis de su propuesta de nuevo ideal constitucional: “Por eso, igualdad real de oportunidades es, para la Constitución argentina, igualdad estructural de oportunidades: un tipo de

²⁷⁵ Grosman, Lucas S: *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Librería, Buenos Aires, 2008, p. 65 y sgtes.

²⁷⁶ Grosman, Lucas S: *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Librería, Buenos Aires, 2008, p. 79.

igualdad de oportunidades que atiende a la estructura social y que aspira a modificarla mediante la provisión de beneficios sociales financiados con fondos públicos. Este es un ideal social que la reforma de 1994 introdujo en la Constitución argentina”²⁷⁷

IV. El principio de igualdad en el ordenamiento jurídico argentino positivo

Para poder analizar el modo en que actualmente se expresa el principio de igualdad en nuestro sistema convencional, constitucional y legal nos obliga a realizar un rastreo histórico de los orígenes ideológico políticos de nuestra institucionalización como país. Un trabajo de tal magnitud excede las posibilidades, tanto de esta obra como de mis escasos conocimientos de la historia del derecho nacional y sus orígenes regionales, pero me resultó de una ayuda invalorable el texto de Roberto Gargarella sobre los fundamentos legales de la desigualdad en el que abordó los orígenes del constitucionalismo en América (1776/186)²⁷⁸. Sintetizar alguna de las ideas centrales de ese libro puede ser un buen marco para luego, sí, intentar desentrañar los alcances actuales del principio constitucional de igualdad.

Si bien en toda América hubieron expresiones ideológicas opuestas y dispares sobre el modelo de institucionalización a adoptar –Gargarella identifica un constitucionalismo radical, un constitucionalismo conservador y un constitucionalismo liberal–, en nuestro país –al igual que en la mayoría de las naciones de la región– prevalecieron las miradas liberales y conservadoras sobre la forma en que se debían organizar las sociedades, respecto de las funciones del Estado y el correlativo reconocimiento de algunas clases de derechos a sus ciudadanos.

²⁷⁷ Grosman, Lucas S: *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Librería, Buenos Aires, 2008, p. 80.

²⁷⁸ Gargarella, Roberto: *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.

Explica Gargarella que el liberalismo o individualismo ha tenido una influencia extraordinaria en el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano, y en nuestro país sus ideas –que proponían una alternativa al absolutismo del déspota como a la tiranía de la mayoría– impactaron en la clase política que organizaría institucionalmente a la Argentina. Dice al respecto: “Del mismo modo, el caudillo argentino Justo José de Urquiza (principal responsable político del dictado de la Constitución de 1853) reclamó la adopción de una Constitución que haga imposible para en adelante la anarquía y el despotismo. El liberalismo se mostraba entonces como la única tabla de salvación posible, frente a un escenario público atemorizante... Tal como afirmara el argentino Domingo Sarmiento el poder, la riqueza y la fuerza de una nación dependen de la capacidad moral, e intelecto de los individuos que la componen. En el mismo sentido, Alberdi sostenía que la sociedad de nuestros días debe al individuo así entendido los progresos de su civilización... No son las libertades de la Patria las que han engrandecido a las naciones modernas, sino las libertades individuales con que el hombre ha creado y labrado su propia grandeza personal, factor elemental de la grandeza de las naciones realmente grandes y libres, que son las del norte de ambos mundos. Una nación libre, así, favorecía la autonomía de sus individuos, y además se beneficiaba de ella.”²⁷⁹

Estas ideas liberales lograron la fuerza para imponerse en el texto constitucional de 1853, que, ayudaría a fundar una nueva, decisiva y más estable etapa de la vida institucional del país, como lo explica el constitucionalista en análisis. Agrega: “Principalmente asociada con el pensamiento liberal, la nueva Constitución estableció la libertad de cultos (iniciativa que opacó parcialmente la idea de que el Estado sostenía al culto católico); dio protección a las acciones privadas de las personas (aunque una protección finalmente ambigua a partir de su compromiso con la protección del orden y la moral pública); y creó

²⁷⁹ Gargarella, Roberto: *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008, p. 173.

un sistema de frenos y contrapesos (aunque también afectado por el diseño de un sistema presidencias fuerte).²⁸⁰

Las interpretaciones de los alcances de la reforma constitucional de 1994 respecto de la forma en que debemos interpretar y construir el principio de igualdad, ya fue abordada al analizar las posiciones de Roberto Saba y Lucas Grosman.

1. Las igualdades en la Constitución argentina

El artículo 16 de la Constitución nacional dispone que: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”

El nuevo artículo 37 dice: “Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.”

Por su parte el artículo 75, incisos 2 dice: “Corresponde al Congreso...2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.”

El artículo 75, inciso 19 por su parte dispone: “Corresponde al Congreso...19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso eco-

²⁸⁰ Gargarella, Roberto: *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008, p. 232.

nómico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.”

Y, finalmente, el artículo 75, inciso 23 dice: “23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”

Agrego una observación más, ya que, como lo explica Eduardo Rabossi, el concepto de discriminación es dependiente del concepto de igualdad, del mismo modo que el principio de no discriminación es dependiente del principio de igualdad.²⁸¹

²⁸¹ Kaufman, Gustavo Ariel, *Dignus Inter Pares*. Un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

Veamos ahora la regulación en los sistemas de protección internacional de derechos humanos constitucionalizados e incorporados a la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico por la última reforma constitucional.

*2. El Derecho a la igualdad y el principio de no discriminación en el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos*²⁸²

2.1. Antecedentes

Tanto el derecho a la igualdad como el principio de no discriminación se vinculan en modo directo con alguna forma de justicia distributiva ya que ambos refieren a una modalidad especial en la relación en el tratamiento de los sujetos de derechos y la mecánica para distribuir tales derechos.

En los antecedentes del principio de igualdad se destacan la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norte América, que afirma “Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales, que están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables”.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que expresa: “Los hombres nacen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común” (art. 1) y agrega “la ley debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. Siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin más distinciones que las derivadas de sus virtudes y la de sus talentos” (art. 6).

2.2. Declaración Universal de Derechos Humanos

El artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad

²⁸² Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (Coordinadores); “El derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

y derecho y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, desarrollando en su artículo 7 el principio de igualdad ante la ley; “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley...”

2.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza una igualdad en el goce de los derechos en él reconocidos tanto a hombres como mujeres²⁸³ y en el artículo 26 expresamente reconoce que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley”.

Artículo 2º. - 1. Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición social. 2. Cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Artículo 26. - Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. .A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas

²⁸³ PIDCyP, Art. 3º: Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.

o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2.4. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales

Artículo 2º, párrafo 2: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

2.4.1. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales.

El Comité realiza una interpretación del artículo del Pacto en cuestión desde una óptica alternativa a la realizada en el ámbito de los derechos civiles y políticos. Así comienza diciendo que: “La discriminación dificulta el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de una parte considerable de la población mundial. El crecimiento económico no ha conducido por sí mismo a un desarrollo sostenible y hay personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socioeconómicas, a menudo como consecuencia de arraigados patrones históricos y de formas contemporáneas de discriminación.”

2.5. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial en su artículo 1 dispone: “-1. En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado

anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”

2.6. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece en su artículo 1 que: “A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”

2.7. Organización Internacional del Trabajo (OIT)

En su Convenio número 111 de la OIT²⁸⁴ entendió como discriminación laboral: “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social (entre otras características) que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. La discriminación puede perpetuar la pobreza, impedir el desarrollo, la productividad y la competitividad, y provocar inestabilidad política”, esto es así según el informe preparado con arreglo a la Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

²⁸⁴ Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Entrada en vigor: 15 junio 1960) Adopción: Ginebra, 42ª reunión CIT (25 junio 1958) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Fundamentales).

3. El derecho a la igualdad y el principio de no discriminación en Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

3.1. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

Entre los primeros instrumentos de derechos humanos de la región se destaca la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que en su segundo artículo expresa: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.”

3.2. Convención Americana de Derechos Humanos

En el sistema interamericano de derechos humanos, el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación está construido normativamente en torno a los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El artículo 1, al establecer la obligación de respetar los derechos, dispone que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Por su parte, el artículo 24 de la CADH garantiza la Igualdad ante la Ley al afirmar que: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

3.3. Protocolo de San Salvador

Artículo 3: Obligación de no Discriminación: Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier

otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. 4. Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia

Artículo 1: Para los efectos de esta Convención:

1. Discriminación racial es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. La discriminación racial puede estar basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico.
2. Discriminación racial indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico basado en los motivos establecidos en el artículo 1.1, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.
3. Discriminación múltiple o agravada es cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el artículo 1.1 u otros reconocidos en instrumentos internacionales que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada.

3.5. Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad

2. Discriminación contra las personas con discapacidad

- a) El término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.
- b) No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación.

3.6. Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (6/05/13)²⁸⁵

Artículo 2: Todo ser humano es igual ante la ley y tiene derecho a igual protección contra toda forma de discriminación e intolerancia en cualquier ámbito de la vida pública o privada.

Artículo 3: Todo ser humano tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en sus leyes nacionales y en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, tanto a nivel individual como colectivo.

²⁸⁵ La República Argentina firmó el convenio el 06/06/2013. Aún no entró en vigencia.

Artículo 5: Los Estados Partes se comprometen a adoptar las políticas especiales y acciones afirmativas para garantizar el goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de personas o grupos que sean sujetos de discriminación o intolerancia con el objetivo de promover condiciones equitativas de igualdad de oportunidades, inclusión y progreso para estas personas o grupos. Tales medidas o políticas no serán consideradas discriminatorias ni incompatibles con el objeto o intención de esta Convención, no deberán conducir al mantenimiento de derechos separados para grupos distintos, y no deberán perpetuarse más allá de un período razonable o después de alcanzado su objetivo.

4. El principio de igualdad y no discriminación en la opinión y jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericana de Derechos Humanos

4.1. Opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

4.1.1. Informe temático sobre “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia”

En dicho informe afirmó la Comisión que: “La influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales.”

4.2. Opinión y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4.2.1. Opinión Consultiva N° 18/03 sobre “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”

Luego de desarrollar el contenido de las fuentes normativas y jurisprudenciales del sistema interamericano y universal en las que se sustenta la obligación de los estados de respetar y garantizar los derechos humanos (párr.72 a 81), destaca la Corte que “tanto los instrumentos internacionales como la jurisprudencia internacional respectiva establecen claramente que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito **deben adoptar medidas positivas**, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental” (párr. 81).

Ingresa el Tribunal al desarrollo del principio de igualdad y no discriminación destacando la estrecha vinculación entre la igualdad y la no discriminación y aclarando que en tal opinión consultiva se utilizará el término *distinción*, incluyendo la discriminación permitida o razonable y la palabra *discriminación* se reservará para los casos inadmisibles por violar derechos humanos (“es toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”).

Analiza la Corte si se debe considerar al principio de igualdad y no discriminación como una norma de *jus cogens*. La respuesta afirmativa es que el principio de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general y en la actualidad ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Esto implica que el Estado, tanto en el orden nacional como internacional, ya sea por actos de sus poderes o de terceros que actúen bajo su esfera “no pueden actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado **grupo de personas**” (párr. 100 in fine).

Seguidamente, estudia los efectos del principio de igualdad y no discriminación, determinando –en primer lugar– que los Estados deben

abstenerse de realizar acciones que vayan dirigidas a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. (párr.103).

A continuación, agrega que los Estados “están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas.” (párr. 104)

Como consecuencia de ello, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana (párr.105). El incumplimiento de dichas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado (párr. 106).

Cuando la Corte ingresa al tratamiento de la forma en que estos principios impactan en los migrantes, identifica claramente un grupo de personas altamente vulnerables, sujetos no sólo a discriminación formal, sino también material. Dice; “Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado” (párr. 112).

Respecto de las concretas condiciones de este grupo dice; “Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.” (p.113).

En este marco estructural de desigualdad real, la Corte desarrolla los principios del debido proceso legal recordando que se trata del “de-

recho humano a obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.” (p. 125).

Estos conceptos generales, aplicados al grupo vulnerable en cuestión, lleva al Tribunal a afirmar que: “Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real. Los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten.” (p. 126).

Dando tratamiento a los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados, la Corte establece que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (p. 148). Amplía y precisa esta idea sosteniendo que “Esta obligación estatal encuentra su asidero en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. De esta manera, los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias de jure y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional en perjuicio de trabajadores migrantes.”

Concluye el punto diciendo que “La Corte considera que los trabajadores migrantes indocumentados, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado, y este último debe tomar las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos” (p. 160).

Finaliza su opinión la Corte, resolviendo por unanimidad, que “los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito **deben adoptar medidas positivas**, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental”

4.2.2. Caso Gonzáles y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México (2009)

En este caso la Corte abordó la obligación de no discriminar, en casos de violencia contra la mujer como discriminación y consideró en el caso que, surge de las pruebas coincidentes que: “En Ciudad Juárez existe una “cultura de discriminación” que influenció en los homicidios de las mujeres en Ciudad Juárez. Asimismo, la Corte observa que como ya fue establecido supra, diferentes informes internacionales hicieron la conexión entre la violencia contra la mujer y la discriminación contra la mujer en Ciudad Juárez.”

El Tribunal consideró que: “el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado, es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el

presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.”

4.2.3. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile (2012)

Para resolver el caso la Corte analizó: 1) los alcances del derecho a la igualdad y a la no discriminación; 2) la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana; 3) si existió en el presente caso una diferencia de trato basada en la orientación sexual, y 4) si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, para lo cual se evaluarán en forma estricta las razones que se alegaron para justificar dicha diferencia de trato en razón del interés superior del niño y las presunciones de riesgo y daño en perjuicio de las tres niñas.

En este caso la Corte estableció que: “el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma.

Agrego sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, que: “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.”

Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Los Estados están obligados a adoptar **medidas positivas** para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

Reiteró el Tribunal que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana.”

En cuanto al motivo de discriminación, la Corte dejó establecido que: “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscribida por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”, agregando luego que: “Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1 de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la

discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.”

4.2.4. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil (2016)

En el presente caso la Corte dio tratamiento a una discriminación estructural, condenando al Estado de Brasil como responsable por la violación del artículo 6.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, producida en el marco de una situación de discriminación estructural histórica, en razón de la posición económica de los 85 trabajadores rurales, destacando que –a diferencia de otros tratados de derechos humanos–, la “posición económica” de la persona es una de las causales de discriminación prohibidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana.

La Corte señaló que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”. Los Estados están obligados “a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto de actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.

Agregó el Tribunal que ya se ha pronunciado en el sentido de establecer que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición per-

sonal o por la situación específica en que se encuentre, como la extrema pobreza o marginación.

La Corte estimó en el caso que: “el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas. La propia victimización de estas demuestra su particular vulnerabilidad, lo que demanda una acción de protección también particular, que en el caso de las personas reclutadas en la Hacienda Brasil Verde se ha omitido”, habiendo constatado en autos algunas características de particular victimización compartidas por los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000: “se encontraban en una situación de pobreza; provenían de las regiones más pobres del país, con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo; eran analfabetas, y tenían poca o nula escolarización. Lo anterior los colocaba en una situación que los hacía más susceptibles de ser reclutados mediante falsas promesas y engaños. Dicha situación de riesgo inmediato para un grupo determinado de personas con características idénticas y originarios de las mismas regiones del país, tiene orígenes históricos y era conocida desde, al menos, 1995, cuando el Gobierno de Brasil reconoció expresamente la existencia de “trabajo esclavo” en el país”. De la prueba aportada al expediente advierte el Tribunal: “la existencia de una situación basada en la posición económica de las víctimas rescatadas el 15 de marzo de 2000 que caracterizó un trato discriminatorio. De acuerdo a varios informes de la OIT y del Ministerio de Trabajo de Brasil, “la situación de miseria del obrero es lo que le lleva espontáneamente a aceptar las condiciones de trabajo ofrecidas”, toda vez que “cuanto peores las condiciones de vida, más dispuestos estarán los trabajadores a enfrentar riesgos del trabajo lejos de casa. La pobreza, en ese sentido, es el principal factor de la esclavitud contemporánea en Brasil, por aumentar la vulnerabilidad de significativa parte de la población, haciéndoles presa fácil de los reclutadores para trabajo esclavo”.

Es así, que –concluyo la Corte–; “es razonable concluir que la falta de debida diligencia y de sanción por los hechos de sometimiento a

condición análoga a la de esclavo estaba relacionada a una preconcepción de las condiciones a las que podía ser normal que fueran sometidos los trabajadores de las haciendas del norte y noreste de Brasil. Esta preconcepción resultó discriminatoria en relación a las víctimas del caso e impactó la actuación de las autoridades obstaculizando la posibilidad de conducir procesos que sancionaran a los responsables.”

V. El principio de igualdad en materia tributaria. Criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁸⁶

El principio de igualdad en materia tributaria se encuentra enumerado entre las garantías constitucionales de los contribuyentes y tiene su fundamento directo y tradicional en lo normado en el artículo 16 del texto de la Constitución de 1853/60.²⁸⁷

Alejandro Altamirano sintetiza las particularidades que el principio de igualdad adquiere al ser aplicado en la relación tributaria: “a) el principio de igualdad en el derecho tributario se vincula en esencia con el principio de capacidad contributiva, de manera que las situaciones económicas análogas sean tratadas tributariamente de la misma forma; b) se admiten situaciones de desigualdad en tanto estas no sean arbitrarias y, consecuentemente, sin fundamento; c) el principio de igualdad importa un tratamiento normativo igual en iguales circunstancias, como también en la aplicación de la ley”.²⁸⁸

²⁸⁶ Este acápite se basa en el trabajo: Cabral, Pablo Octavio: “Las medidas de acción positiva en materia tributaria en la Argentina. El criterio jurisprudencial establecido en la CSJN en el caso García, María Isabel c/AFIP s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, RDA 2023-149,280, TRLALEY AR/DOC/1923/2023.

²⁸⁷ Valdés Costa, Ramón, “El principio de la igualdad de partes, la relación jurídico tributaria y sus proyecciones en el derecho formal y procesal”, Revista Impuestos, 1958, 95.

²⁸⁸ Altamirano, Alejandro C, Derecho Tributario. Teoría General, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 129.

Al decir de Baistrocchi: “A partir de este criterio general de igualdad, la Corte ha definido el concepto de igualdad en materia tributaria. Tal como está redactado en el art. 16 de la Carta Magna, la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas...la igualdad sostenida por el art. 16 de la Constitución Nacional importa, en lo relativo a impuestos, establecer que, en condiciones análogas se impongan gravámenes idénticos a los contribuyentes”.²⁸⁹

Veamos cuál fue la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, antes de resolver el caso “García, Marta Isabel c/AFIP”:

Primera Etapa; Concepto amplio de igualdad ante la ley

En esta versión de la igualdad la Corte Suprema de Justicia entendió que la desigualdad puede provenir de la propia ley impositiva o de su aplicación por parte de la administración pública tributaria y se dispuso que si se prueba la desigualdad en la aplicación de una norma legal, se viola el artículo 16 de la Constitución Nacional.

La sentencia que marca esta etapa recayó en la causa “Salzmann y Compañía vs. Nación”²⁹⁰, resuelto el 12 de septiembre de 1936, en la que dicha empresa, dedicada a la importación de sedas, fue determinada al pago de un derecho de importación del 25%, cuando –según una legislación posterior–, el monto correspondiente para dichas importaciones se estableció en el 10%. La accionante afirmó que el tributo a ella fijado no provenía de una regla legal y que resultaba poco equitativo que a unos se les cobre sólo el 10%, mientras que a otros se les exija el 25%.

En el caso, el tribunal no hizo lugar al planteo de la actora, e interpretó que: “No se ha probado tampoco, que a otros importadores se haya cobrado con rebaja el impuesto por sedas introducidas en el

²⁸⁹ Baistrocchi, Eduardo, *Derecho Constitucional Tributario*, Editorial La Ley, Tomo II, p. 304.

²⁹⁰ CSJN, Fallos, 181:392.

período de tiempo entre las fechas arriba indicadas, para que pueda decirse que ha habido desigualdad en su aplicación”.

El criterio jurisprudencial según el cual la garantía de igualdad tributaria puede verse afectada por la forma de aplicación de la ley por parte del Poder Ejecutivo, incluso cuando el texto legal sea perfectamente constitucional, fue mantenido por la Corte Suprema²⁹¹ hasta el dictado del fallo “La Martona”, que dio inicio a la segunda etapa evolutiva.

Segunda Etapa: Concepto restringido de igualdad ante la ley

Dentro de este análisis jurisprudencial, la segunda etapa se inicia con el cambio de criterio de la Corte Suprema en el año 1945 al dictar sentencia en la causa “La Martona c. Municipalidad de Buenos Aires”²⁹², donde deja atrás la mirada más amplia que incluía no sólo la revisión del texto legal a la luz del artículo 16 de la Constitución nacional, sino que analizaba la interpretación realizada por la Administración pública tributaria al aplicar el impuesto, y sólo consideró que el principio de igualdad podía ser violentado por el texto legal.

En el caso, el Tribunal sostuvo: “Si la desigualdad no está en la ley sino en el hecho de que el poder administrador la aplica a unos y no a otros habría, en todo caso, arbitrariedad administrativa, pero no materia para la declaración de inconstitucionalidad que se procura... Si la norma es constitucional, aquél a quien se la aplica no puede oponerse a ello en razón de que en los hechos sólo a él le fue aplicada”.

Baistrocchi resume este criterio de la Corte sobre el alcance de la igualdad tributaria: “la desigualdad no puede surgir de la interpretación de la ley que realice el poder administrador; la garantía de igualdad tributaria sólo se vulnera cuando la desigualdad surge exclusivamente de la ley”²⁹³.

Más allá de la relevancia de esta jurisprudencia, entiendo que el paso dado por la Corte en el caso que veremos a continuación, cambia

²⁹¹ CSJN, Fallos, 196:337; 197:518.

²⁹² CSJN, Fallos, 202:130. Criterio reiterado en Fallos, 237:266.

²⁹³ Baistrocchi, Eduardo, Derecho Constitucional Tributario, Editorial La Ley, Tomo II, p. 317.

de paradigma respecto del principio constitucional de igualdad, ingresando a las perspectivas estructurales que trascienden el tradicional modelo liberal del artículo 16 de la Constitución nacional.

VI. La sentencia en análisis. El caso “García c/ AFIP”²⁹⁴

En efecto, el presente fallo tiene mucha relevancia y muestra aspectos positivos y negativos en cuanto a la forma en que el tribunal reali-

²⁹⁴ Recientemente, en fecha 28 de Febrero de 2023, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en la causa “Calderón, Carlos Héctor c/ANSeS s/ Reajustes varios”, donde el Tribunal revoca parcialmente la sentencia recurrida –referida a la declaración de inconstitucionalidad del art. 25 de la ley 24.241–, remitiendo a lo por ella resuelto en la causa “Gualtieri” (Fallos: 340:411), y en cuanto a los otros planteos procede a su rechazo por aplicación del artículo 280 del CPCyCN. En algunos medios de comunicación se interpretó lo resuelto en Calderón como una modificación de lo establecido en la causa “García”, lo que no parece tener mucho sustento y fundamento. Coincido con José Ignacio López, quien analizó esta cuestión, y sostuvo: “En la causa “Calderón” –que ahora se ha presentado como una novedad– el tema central sobre el que decidió el máximo tribunal versa sobre otro asunto específico: la constitucionalidad del art. 25 de la ley 24.241, mientras que, en torno a los puntos sobre el Impuesto a las Ganancias aplicó la cláusula –art 280 del Código Procesal Civil y Comercial– que le permite discrecionalmente rechazar las cuestiones planteadas “por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”, según dispone dicha norma. Profundizando el análisis se puede indicar que si la voluntad jurisdiccional del máximo tribunal fuera ampliar el estándar “García”, sin duda, se hubiera pronunciado expresamente sobre el punto. Más teniendo en cuenta su advertencia –en el fallo “García”– para que el Congreso legisle sobre el punto. No parece razonable sostener que, ahora y por vía tácita del 280 CPCCN, postulara un cambio tan amplio que implicara, sin más, la sustitución del criterio del legislador, con los alcances que ello implicaría. Lo visto, desde mi mirada, implica que el estándar “García” sigue vigente para todos los pleitos en que jubilados y jubiladas cuestionen el Impuesto a las Ganancias sobre sus haberes. Dicho criterio impone a los jueces un análisis caso a caso –dado la heterogeneidad de situaciones de la clase pasiva– que atienda a la edad, la salud, el monto del haber, el porcentaje de las detracciones y cualquier otra circunstancia que lo pueda colocar en situación de vulnerabilidad. Con esta base, los tribunales deben verificar en qué casos el tributo se torna inconstitucional y así declararlo para el supuesto específico del jubilado o jubilada en cuestión cuando se acredite que se encuentra en situación de vulnerabilidad.” (López, José Ignacio; “Jubilación y Ganancias: ¿La Corte Suprema cambió el criterio García? Una evaluación del fallo “Calderón” permite concluir que aquel estándar sigue vigente”, Blog palabrasdelderecho, nota de fecha 7 de marzo de 2023).

zó el cambio de paradigma y en especial respecto de la elección del caso para hacerlo.

Como explican Laura Clérico y Martín Aldao respecto de la postura mayoritaria; “Este voto presenta luces y sombras. Las luces se refieren a la interpretación del art. 75, inc. 23, CN, la determinación de su carácter exigible y el diálogo que entabla la Corte con el Congreso. Las sombras se refieren a las imprecisiones que contiene el fallo visto desde la perspectiva de quién lee el fallo, es un operador judicial, ejerce la jurisdicción y debe resolver casos concretos. “García” no establece criterios precisos. No establece una regla que oriente a los tribunales inferiores para la solución de los casos que aleguen la aplicación de “García” y se presenten en el intermedio, es decir, entre “García” y la nueva ley que apruebe el Congreso. Los criterios de a) ancianidad o b) enfermedad son muy vagos para la resolución de casos concretos.”²⁹⁵

Además del análisis que efectuaré a continuación, principalmente sobre la decisión mayoritaria de la Corte, quiero dejar sentada la postura de la minoría que, en mi opinión, deja planteadas algunas cuestiones relevantes para pensar la utilización de las medidas de acción positiva en materia tributaria respecto de grupos de personas vulnerables.

1. Contexto normativo. El impuesto a las ganancias

En el caso que estamos estudiando se discutió sobre los límites y alcances del impuesto a las ganancias, respecto de aplicarlo a una persona integrante del grupo ancianos por lo percibido en concepto de beneficio previsional (jubilación).

El impuesto a las ganancias es un impuesto directo, progresivo y personal que graba la renta, en tanto manifestación de la capacidad contributiva o la potencialidad a contribuir a los gastos públicos de los

²⁹⁵ Clérico, Laura y Aldao, Martín, “Situación de mayor vulnerabilidad. El fallo “García” sobre haberes previsionales y el carácter multidimensional del art. 75, inc. 23, CN: luces y sombras”, TR LALEY AR/DOC/1455/2019.

contribuyentes. Por estas características este impuesto se encuentra relacionado con los principios de igualdad y no confiscatoriedad.

Explica Marisa Vázquez que; “Desde el punto de vista tributario, se considera renta a la masa total de ingresos que obtiene el contribuyente, contemplando ciertas deducciones que están específicamente definidas por la ley. No caben dudas de que los impuestos que mejor analizan la capacidad contributiva del sujeto son los impuestos a las rentas. En la Argentina el impuesto sobre la renta por excelencia es el denominado impuesto a las ganancias.”²⁹⁶

2. El voto de la mayoría (Jueces/a Dres./a. Juan Carlos Maqueda, Elena I. Highton de Nolasco y Ricardo Luis Lorenzetti)

En el caso en estudio el poder judicial analizó la constitucionalidad del art.79, inc. c) de la Ley de Impuesto a las Ganancias N° 20.628, en tanto fue aplicado reteniéndose los respectivos montos por ganancias sobre los haberes previsionales de la accionante.

Entre los antecedentes del caso resuelto por la Corte Suprema, se destaca que la Cámara Federal de Paraná confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la pretensión actoral y declarado la inconstitucionalidad antes referida.

Quiero remarcar que para realizar tal declaración ambas instancias contrastaron la ley de impuesto a las ganancias frente a varios principios constitucionales, encontrando que tal disposición legal violaba el principio liberal de igualdad –artículo 16 de la Constitución–, sin hacer referencia al impacto sobre el principio de igualdad estructural –receptado en el artículo 75, inc.23 de la Constitución nacional.

La Corte identifica la cuestión litigiosa de la siguiente forma: “por un lado, la legítima atribución estatal de crear tributos y, por el otro, el goce de derechos de la seguridad social en condiciones de igualdad entre los

²⁹⁶ Vázquez, Marisa, “Impuesto a las ganancias”, capítulo IV de la obra colectiva, Revilla, Pablo y Naveira de Casanova, Gustavo, Régimen tributario argentino, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p.95.

beneficiarios contribuyentes.” Agrega que resulta dirimente definir en la causa los alcances de los principios de igualdad y de razonabilidad en materia tributaria, límites constitucionales a la potestad estatal.

Las preguntas de este trabajo se centrarán en la forma en que el tribunal aborda esa igualdad entre los beneficiarios de la previsión social y el resto de los contribuyentes. Para ello, en primer lugar, da cuenta que el legislador distingue entre las distintas naturalezas de la renta sujeta a tributo; por un lado, el salario de los trabajadores activos y la prestación previsional de los beneficiarios de la seguridad social. Destaca que la norma otorga mayor tutela a los jubilados que a los trabajadores en actividad.

Luego, a partir de su considerando octavo, redirecciona su análisis al estudio de la igualdad dentro del grupo de personas alcanzadas por el tributo en su condición de beneficiarios de la seguridad social. Dice:

“Que sin perjuicio del tratamiento diferenciado que ha realizado el legislador respecto del colectivo de los beneficiarios de prestaciones de la seguridad social, en relación al colectivo de los trabajadores activos, corresponde preguntarse si todos aquellos se encuentran en las mismas circunstancias –como para recibir un tratamiento fiscal igualitario– o si existen condiciones especiales, basadas en un estado de mayor vulnerabilidad (producto de la avanzada edad u otras situaciones particulares como la discapacidad) que permitirían distinguir algunos jubilados, pensionados, retirados o subsidiados de otros.”

A partir de esa gran pregunta sobre la igualdad la Corte avanza recordando su jurisprudencia que reitera que la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de ellas.

Adelanta: “Que, en materia impositiva, el principio de igualdad no solo exige la creación de categorías tributarias razonables (Fallos: 150:189; 160:247) sino que también prohíbe la posibilidad de unificar

las consecuencias tributarias para situaciones que en la realidad son distintas (Fallos: 149:417; 154:337; 156:352; 195:270; 184:592; 209:431; 210:322; 234:568). En efecto, desde el punto de vista constitucional, hacer prevalecer el principio de igualdad supone reconocer que es tan injusto gravar en distinta forma a quienes tienen iguales medios como imponer la misma contribución a quienes están en desigual situación” y agrega que: “La cláusula constitucional del art. 16 deriva a la prudencia y sabiduría del Poder Legislativo una amplia libertad para ordenar, agrupar, distinguir y clasificar los objetos de la legislación; no obstante, el establecimiento de categorías para la percepción de los impuestos debe ser estrictamente compatible con el principio de igualdad, no solo a condición de que todos los que sean colocados en una clase o categoría reciban el mismo tratamiento (Fallos: 98:67; 320:1166), sino también –y es lo esencial– que la clasificación misma tenga razón de ser, esto es que corresponda razonablemente a distinciones reales.” (Cons. 10°).

Dedica el considerando 11° a describir la protección jurídica de los derechos de la ancianidad, a partir de su reconocimiento constitucional.

Dijo:

“En efecto, la Argentina otorgó jerarquía constitucional a los derechos sociales al reformar su Constitución Federal en 1949. A su vez, la Constitución reformada en 1957 se hizo eco de estas conquistas sociales al acuñar las normas que en el art. 14 bis establecen los derechos de la seguridad social en nuestro país. La idea fundamental que emerge de este texto –al establecer que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter de integral e irrenunciable– es la de procurar a los trabajadores los medios para atender a sus necesidades cuando en razón de su avanzada edad evidencien una disminución de su capacidad de ganancia. En este orden de ideas, en sintonía con los conceptos que inspiran el constitucionalismo social, hace ya casi cuarenta años, esta Corte Suprema destacó en el precedente «Berçaitz» que es «de equidad y aún de justicia apartarse del rigor del derecho» cuando resultan involucrados los sectores sociales más necesitados (Fallos: 289:430). Desde esta perspectiva preferentemente social, no

pueden caber dudas entonces que la incorporación de los derechos de la seguridad social al catálogo de los derechos del trabajador en la Constitución Federal apunta a dignificar la vida de los trabajadores para protegerlos en la incapacidad y en la vejez.”

A partir de hacer foco en este grupo especialmente vulnerable, el Tribunal desarrolla el principio de igualdad sustancial, la vulnerabilidad de las personas ancianas y la obligatoriedad de establecer medidas de acción positiva respecto de ellas.

Afirma que: “Que la reforma constitucional introducida en 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, estableciendo «medidas de acción positiva» –traducidas tanto en «discriminaciones inversas» cuanto en la asignación de «cuotas benignas»– en beneficio de ellas... La citada reforma introdujo «discriminaciones inversas» y «cuotas benignas» en materias muy variadas, tales como la representación política de las mujeres (art. 37 y cláusula transitoria segunda), la identidad cultural y el arraigo territorial de las comunidades originarias (art. 75inc. 17) y, de modo especial, con los niños en situación de desamparo –desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental–, las madres durante el embarazo y el tiempo de lactancia, los ancianos y las personas con discapacidad. Sobre ellos la Norma Fundamental argentina encomienda al Congreso de la Nación «Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos,...» (Art. 75, inc. 23).” (Cons. 12°).

Pone énfasis sobre la vulnerabilidad que el proceso de envejecimiento produce en las personas²⁹⁷, y enumera los instrumentos jurídicos internacionales que específicamente abordan esta situación (Plan

²⁹⁷ CSJN; “García”; “Que el envejecimiento y la discapacidad –los motivos más comunes por las que se accede al status de jubilado– son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar

de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento –Primera Asamblea Mundial sobre el envejecimiento 1982²⁹⁸; Declaración Política y Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento –Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, Madrid, 2002²⁹⁹–; Grupo de Trabajo de composición abierta sobre Envejecimiento, Res. ONU 65/182, 21 de diciembre de 2010³⁰⁰; Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁰¹; Convención Interame-

con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales.” (Cons. 13°)

²⁹⁸ CSJN; “García”; En la Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento de 1982 (convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas), se elaboró el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, con 62 puntos, promoviendo acciones específicas en temas tales como la salud y la nutrición, la protección de los consumidores de mayor edad, la vivienda y el medio ambiente, la familia y el bienestar social, entre otros. Expresamente se incluyó la seguridad de los ingresos. (Cons. 13°)

²⁹⁹ CSJN; “García”; “En la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, celebrada en Madrid, España, en 2002, se adoptó la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento. Ello dio lugar a la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Envejecimiento que, en lo que orientativamente aquí interesa, consideró necesario un cambio de actitud a efectos de lograr una sociedad para todas las edades, distinguiendo entre quienes pertenecen a la tercera edad, llevan vidas saludables, activas e independientes y participan plenamente del ámbito en el que viven y quienes pertenecen a la cuarta edad, cuya independencia y salud son más delicadas y merecen atención y cuidados específicos con el fin de que puedan vivir dignamente (conf. inciso F de la mencionada resolución)” (Cons. 13°).

³⁰⁰ CSJN; “García”; “Especial mención merece la participación y compromiso de nuestro país con la problemática en el ámbito internacional. En el contexto de la Asamblea General de Naciones Unidas, la Argentina ha presidido el Grupo de Trabajo de composición abierta sobre Envejecimiento, establecido por la Resolución 65/182 (21 de diciembre de 2010) con la misión de aumentar la protección de los derechos humanos de las personas adultas mayores, examinando el marco internacional en vigor en materia de derechos humanos de las personas de edad y determinando posibles deficiencias y la mejor forma de corregirlas. Idénticas iniciativas se verifican en el ámbito regional y del Mercosur.” (Cons. 13)

³⁰¹ CSJN; “García”; “Que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (documento que goza de jerarquía constitucional conforme al art. 75 inc. 22 de la Norma Fundamental), establece el derecho a la seguridad social, disponiendo que toda persona debe gozar de “la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y

ricana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores –CIPDHPM–³⁰²).

Con base en tales antecedentes, la Corte da cuenta de las repuestas que el Estado se encuentra obligado a dar, frente a los grupos vulnerables³⁰³, en materia tributaria. Dice: “Dicho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico, proyectándose concretamente a la materia tributaria, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal.

de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa...” (art. 9 del Protocolo Adicional; el énfasis es agregado). A tales efectos, el Protocolo dispone la obligación de los Estados Partes de adoptar todas las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el documento (art. 1°).” (Cons. 14°)

³⁰² CSJN; “García”; “A su turno, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM), adoptada por la Organización de Estados Americanos durante la 45° Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015, e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante ley 27.360 (en vigor desde el 22 de noviembre de 2017), consagra el compromiso de los Estados Partes para adoptar y fortalecer “todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin de garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos” (el énfasis es agregado), así como también las medidas necesarias a fin de lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos económicos. Contempla, asimismo, el derecho que tiene toda persona mayor a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna (arts. 40, incs. c y d, y 17). Este instrumento hace hincapié en el “enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor” (el énfasis es agregado) como uno de los principios generales aplicables respecto de los derechos reconocidos en la Convención (art. 30, punto 1).” (Cons. 14°). Cabe destacar que por Ley 27700 (publicada el 30 de noviembre de 2022) se otorgó jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional a la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores.

³⁰³ CSJN, “García”; “Que de lo anteriormente reseñado se desprende que, a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos.” (Cons. 15°)

Es que, en definitiva, el sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un compartimento estanco, destinado a ser autosuficiente «a cualquier precio», pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales.” (Cons. 15°)

Luego de repasar las bases del control judicial de las políticas tributarias del Estado, destacando que en toda contribución especialmente impuesta puede haber una razón política superior y una razón jurídica, y agrega –Citando a Rafael Bielsa– que: “La primera escapa al control de legitimidad (lato sensu de constitucionalidad), a menos que lesione una garantía constitucional. Entonces el control jurisdiccional surge y se coloca sobre la propia discrecionalidad política” (Cons. 16°).

Avanza en el replanteo del estándar de revisión judicial adoptado históricamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación analizando el concepto y funcionamiento de la confiscatoriedad. Afirma: “Que lo expuesto pone en evidencia que la sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido. La falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja. En esas condiciones el estándar de revisión judicial históricamente adoptado por esta Corte, según el cual los términos cuantitativos de la pretensión fiscal solo deben ser invalidados en caso de confiscación, no permite dar una adecuada respuesta a la protección constitucional de contribuyentes como los anteriormente descriptos. Ello no supone desterrar el criterio de la «no confiscatoriedad» del tributo como pauta para evaluar la adecuación cuantitativa de un gravamen a la Constitución Nacional, sino advertir que tal examen de validez, centrado exclusivamente en la capacidad contributiva potencial del contribuyente, ignora otras variables necesarias, fijadas por el

propio texto constitucional, para tutelar a quienes se encuentran en tan excepcional situación.” (Cons. 17).

Propone el tribunal un análisis integral de la capacidad contributiva. Veamos: “Que, en ese orden argumentativo, el análisis integral de la capacidad contributiva implica que la equiparación de un jubilado en condiciones de mayor vulnerabilidad con otro que no se encuentra en esa situación, pasa por alto el hecho evidente de que el mismo ingreso no impactará de igual manera en un caso que en otro, insumiendo más gastos en el primero que en el segundo. Dicho de otro modo: la misma capacidad económica –convertida sin más por el legislador en capacidad contributiva– está destinada a rendir en ambos casos de manera diferente, desigualando en la realidad lo que el legislador igualó. Se advierte entonces que la estructura tipificada por el legislador (hecho imponible, deducciones, base imponible y alícuota) termina por subcategorizar mediante un criterio estrictamente patrimonial (fijando un mínimo no imponible) a un universo de contribuyentes que, de acuerdo a una realidad que la Constitución obliga a considerar, se presenta heterogéneo. La opción legislativa elaborada originariamente en un contexto histórico diferente, con un marco constitucional previo a la última reforma de la Norma Fundamental, y reiterada casi automáticamente a través de los años ha devenido, pues, insuficiente y –en el específico caso bajo examen– contraria al mandato constitucional.” (Cons. 18°).

El Tribunal describe algunas características que permiten sostener que la actora se puede considerar como una persona vulnerable por su condición de jubilada, su edad y su estado de salud. A partir de allí, si el Estado no toma en cuenta estas particularidades para imponer su carga tributaria, no actúa racionalmente. Dice: “Que en el caso bajo examen ha quedado comprobado que: a) la actora contaba en 2015, al deducir la demanda, con 79 años de edad (fs. 6); b) padecía problemas de salud que no fueron controvertidos (fs. 56/56 vta.); y c) los descuentos realizados en su beneficio jubilatorio oscilaron en el período marzo a mayo de 2015 entre el 29,33% y el 31,94%, (fs. 41), y fueron reconocidos por la propia demandada. Tales circunstancias, comprobadas en la causa,

convierten a la tipología originaria del legislador, carente de matices, en una manifestación estatal incoherente e irrazonable, violatoria de la Constitución Nacional.” (Cons. 19°)

Se trata entonces de distinguir en categorías de jubilados, pudiendo de esa forma diferenciar entre los que son vulnerables y los que no lo son. En nuestro sistema jurídico el Estado no realiza esta estratificación de los beneficiarios del sistema de previsión social. Agrega la Corte: “Es probable que la falta de percepción fina respecto de la subcategorización de los jubilados, incorporando los elementos relevantes de la vulnerabilidad a la capacidad económica inicial, se explique por la reiteración de un standard patrimonial escogido varias décadas atrás en las que era tecnológicamente imposible distinguir –dentro del universo rotulado como «jubilados»– entre quienes son vulnerables en mayor o menor medida. Hoy esta diferenciación puede extraerse –cuanto menos en sus trazos más notorios, que es lo que busca el legislador– a partir de la propia información registral en poder del Estado. Bastaría con cruzar los datos de los departamentos previsionales y asistenciales estatales competentes para generar subclasificaciones que conformaran estándares impregnados de justicia y simplificaran la tarea revisora de los tribunales.” (Cons. 19°)

Ahora, esta clasificación que no realiza el Estado no puede ser establecida con alcances generales por el Poder Judicial que, deberá resolver caso por caso: “Que debe quedar en claro que no se pretende desde el Poder Judicial establecer, a los efectos del pago del impuesto a las ganancias, cuál debe ser la capacidad contributiva de cada jubilado en concreto, pues ello equivaldría –desde el punto de vista lógico– a consagrar la insensatez de promover tantas categorías como beneficiarios existan en el sistema, y –desde el punto de vista jurídico– asumir una tarea propia del legislador, violentando el principio republicano de la división de poderes. Lo que se pretende, ejerciendo competencias que son propias, es analizar –cuando un caso llega a la decisión del poder encargado de resolver– si en la causa el standard genérico utilizado por el legislador cumple razonablemente con los principios constituciona-

les o si, por el contrario, su aplicación concreta vulnera derechos fundamentales. En tal hipótesis, lo que corresponde hacer a la magistratura es declarar la incompatibilidad de la norma con la Constitución en el caso concreto, sin perjuicio de poner en conocimiento del Congreso la situación, para que este –ejerciendo sus competencias constitucionales– identifique situaciones y revise, corrija, actualice o complemente razonablemente el criterio genérico originario atendiendo al parámetro establecido por la justicia.” (Cons. 20°)

De alguna forma, luego de haber limitado la intervención de los jueces a los casos que individualmente resuelve y de acuerdo a las particularidades de vulnerabilidad de cada accionante, indica que el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo en ejercicio de sus facultades regulatorias, son quienes deben modificar el sistema impositivo para tener en cuenta la presencia de contribuyentes vulnerados. Dijo el Tribunal: “Que habida cuenta de la relación de colaboración que debe existir entre los departamentos de Estado, corresponde hacer saber a las autoridades que tienen asignadas las atribuciones para efectuar las correcciones generales necesarias, que la omisión de disponer un tratamiento diferenciado para aquellos beneficiarios en situación de mayor vulnerabilidad que se encuentran afectados por el tributo (en especial los más ancianos, enfermos y discapacitados), agravia la Constitución Nacional en los términos citados precedentemente.” (Cons. 23°).

Los ministros del máximo tribunal recordaron la jurisprudencia de protección de los beneficiarios de la seguridad social en diversos ámbitos. Recuerda: “Que por lo demás, la decisión que se adopta en la presente causa se enrola dentro de la jurisprudencia de esta Corte Suprema en materia de seguridad social, en las que el Tribunal se ha manifestado particularmente sensible a las cuestiones que atañen al resguardo de los créditos pertenecientes a la clase pasiva, grupo vulnerable e históricamente postergado, procurando con sus decisiones hacer efectiva la protección que la Constitución Nacional garantiza a la ancianidad (art. 75, inc. 23). Con este objetivo, declaró la inconstitucionalidad de normas procesales que conspiraban contra la

celeridad de los procesos previsionales (Fallos: 328:566 «Itzcovich»); reconoció el derecho al reajuste de las prestaciones previsionales y la movilidad jubilatoria (Fallos: 328:1602 «Sánchez» y 329:3089 «Bada-ro»); admitió la actualización de las remuneraciones a los fines de los cálculos de los haberes jubilatorios (Fallos: 332:1914 «Elliff» y 341:1924 «Blanco»); reconoció el derecho a la devolución de los aportes voluntarios efectuados al sistema de capitalización (Fallos: 337:1564 «Villarreal»); reconoció la naturaleza previsional de la renta vitalicia extendiéndole la garantía de la movilidad y garantizó la percepción de una suma equivalente al haber mínimo del régimen ordinario (Fallos: 338:1092 y 339:61 «Etchart» y «Deprati», respectivamente), y tomó diversas decisiones en materia de atribución de competencia judicial con el objeto de evitar la postergación injustificada, en la tramitación de las causas (Fallos: 337:530 y 339:740 «Pedraza» y «Constantino», respectivamente).” (Cons. 21°).

Sobre el final del voto recuerda la regulación procesal diferenciada respecto de las personas que integran los grupos vulnerables especialmente protegidos en las Reglas de Brasilia. Dijo: “Que en los términos citados es deber de esta Corte, cabeza del Poder Judicial de la Nación, expedirse en el caso, recordando que mediante acordada 5/2009 este Tribunal ha adherido a las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia para Personas en Condición de Vulnerabilidad, documento en el que se considera tales a quienes, por diversas razones, «encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico» (confr. regla 3).” (Cons. 22°).

Finalmente, concluyen los ministros votantes por la mayoría: “Que dado que la misión más delicada del Poder Judicial es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar para solucionar el problema, corresponde ordenar que, hasta que el Congreso Nacional legisle sobre el punto, no podrá retenerse suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias a

la prestación previsional de la demandante. Asimismo, corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto ordenó el reintegro de los importes abonados por la actora con sustento en las normas declaradas inconstitucionales.”

3. La postura minoritaria. El voto del Juez Dr. Carlos Rosenkrantz

Rosenkrantz, a partir de su labor como docente y doctrinario, viene defendiendo su postura política según la cual resulta necesario considerar seriamente la posibilidad de eliminar los derechos sociales de nuestros catálogos constitucionales, a partir de entender que este tipo de derechos constituyen promesas imposible de cumplir que, al estar equiparadas a otras promesas que sí se pueden cumplir, terminan debilitando a estas últimas (como por ejemplo la promesa de defender los derechos civiles y políticos). Ha dicho que: “la existencia de derechos constitucionales que no son ejecutables mella la credibilidad de toda la Constitución. Como los derechos civiles y políticos nos interesan a todos, entonces tenemos razones para cuidar la credibilidad de la Constitución, y para eso debemos remover los derechos sociales de nuestras constituciones”³⁰⁴.

Sobre la posibilidad de judicializar derechos sociales también manifestó su oposición, por ejemplo, al afirmar que: “La falta de una tecnología de la justicia es una objeción importante en contra del estatus constitucional de los derechos distributivos. Si los tribunales no tienen el conocimiento para diseñar el conjunto de instituciones necesarias para realizar la justicia distributiva no podemos pensar que ellas sean las entidades a las que debemos recurrir en nuestra lucha contra la pobreza y la desigualdad.”³⁰⁵

³⁰⁴ Rosenkrantz, Carlos; “La pobreza, la ley y la constitución”, SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers, p. 247.

³⁰⁵ Rosenkrantz, Carlos; “La pobreza, la ley y la constitución”, SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers, p. 247.

En su voto en disidencia el magistrado Rosenkrantz propone hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto por el Fisco, dedicando parte de sus considerandos a rebatir los argumentos expresados por la Cámara Federal de Paraná para declarar la inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias en su sentencia. Así atacó las afirmaciones de la alzada sobre el carácter de renta de la jubilación, la existencia de una doble imposición y la afectación de la integralidad del haber jubilatorio por el impuesto a las ganancias. En ello fundó su decisión.

También dio tratamiento a las funciones del poder legislativo en materia impositiva y al concepto de justicia social receptado constitucionalmente.

Al analizar la confiscatoriedad del impuesto en el caso concreto, puso en evidencia lo que considero es el punto más débil del precedente en cuestión: las condiciones de vulnerabilidad concretas y reales de la actora. Dijo el Dr. Rosendrantz: “En el caso, no se ha acreditado que una retención del orden del 30% en concepto de impuesto a las ganancias sea confiscatoria ni irrazonable. Por el contrario, la actora solo ofreció prueba relativa al pago de un servicio de telefonía, cuyo costo representaba el 0,68% del haber jubilatorio percibido en el mes de mayo de 2015. Debe destacarse, además, que la actora, en mayo de 2015 –tal como ella misma ha documentado– percibió un monto total en concepto de haberes jubilatorios de \$ 81.503,42, época en la cual el haber medio de jubilaciones y pensiones del país era de \$ 5.179 (fuente: ANSeS Datos Abiertos, disponible en: <https://www.anses.gob.ar/informacion/datos-abiertos-pasivos>, último acceso 21 de marzo de 2019). Por lo tanto, el haber de la actora era más de 15 veces superior al haber medio de nuestro país, lo que muestra elocuentemente que se encuentra en una mejor situación que la mayoría del colectivo de jubilados y pensionados. En relación con la invocación de problemas de salud, la actora no aportó prueba alguna de cuáles serían los gastos normales asociados a los problemas de salud ni indicó qué problema de salud específico la afectaría. De hecho, entendió que no hacía falta hacerlo pues ella misma consideró que la cuestión era de puro derecho.”

A lo largo de los considerandos de su voto no aborda –para resolver el caso– las implicancias de aplicar el artículo 75, inciso 23, en parte porque –como adelantamos– la accionante no planteó su violación ni tampoco fue utilizado en su argumentación por los jueces que intervinieron en la causa en primera ni segunda instancia. A los efectos de este trabajo, quiero detenerme en los razonamientos expuestos por el magistrado en el considerando 18 donde analiza –en un obiter dictum– la argumentación referida a la aplicación al caso de las medidas de acción positivas dispuestas en el inciso 23 del artículo 75 de la Constitución nacional, en clara respuesta a la postura mayoritaria. Veamos.

“El art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional tampoco constituye fundamento suficiente para la declaración de inconstitucionalidad. En efecto, esta norma dispone que corresponde al Congreso dictar medidas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, “en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.³⁰⁶

Agrega: “La mención en el texto constitucional de ciertas categorías de personas o la vulnerabilidad con la que a ellas comúnmente se asocia no exime a dichas personas, por esa sola circunstancia, de la obligación de pagar los tributos que el Congreso establezca para afrontar los gastos del Estado. Ello es así pues la mención en el texto constitucional de una determinada categoría de sujetos no implica de ninguna manera reconocer a dichos sujetos derecho constitucional alguno a un tratamiento impositivo preferente, distinto al del resto de los contribuyentes. Si la

³⁰⁶ Agrega en su voto: “En palabras del señor Convencional por Buenos Aires Juan Pablo Cafiero, miembro informante del despacho de mayoría en la reforma constitucional de 1994, la inclusión del inciso vinculado a las acciones positivas respondió a “la necesidad de reconocer que en nuestra sociedad hay sectores que viven postergados aun frente a la igualdad jurídica. Falta conectar esa igualdad jurídica con la igualdad real para dejar de lado definitivamente la discriminación y la desigualdad” (Convención Nacional Constituyente, 22 reunión, 2 de agosto de 1994, Obra de la Convención Nacional Constituyente, tomo V, p. 5182)”

mera pertenencia a las categorías de personas mencionadas en el art. 75, inc. 23 requiriese un tratamiento impositivo preferente, deberían admitirse una conclusión que parece inaceptable, por ejemplo, que las mujeres, por el sólo hecho de ser mujeres, deberían estar eximidas de pagar cualquier tributo o deberían pagar un porcentaje menor que los hombres”.

Con estos parámetros teóricos resuelve el caso de la siguiente forma: “Por consiguiente, en el presente caso, aun cuando la edad de la actora al momento de iniciar la demanda (79 años) pueda determinar que, en la mejor interpretación del art. 75 inc. 23, deba incluírsela en la categoría “persona anciana” y que, por lo tanto, puedan tomarse medidas de acción positiva a su respecto, no implica que la actora tenga, por el hecho a pertenecer a esa categoría, un derecho a no tributar. En conclusión, la imposibilidad de extraer consecuencia alguna para resolver esta causa mediante referencias al art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional, sumada a la ausencia de prueba del carácter confiscatorio o irrazonable del gravamen en las particulares circunstancias de la actora, justifica la revocación de la declaración de inconstitucionalidad realizada por el a quo”.

4. Las personas mayores como grupo vulnerable de especial protección estatal

En el caso en análisis la Corte pone en claro que en su argumentación cobra relevancia la condición de las personas mayores como determinante de su vulnerabilidad y la necesidad de una respuesta protectoria diferencial por parte del Estado aún en ámbitos como el del régimen tributario. Esta misma condición derivada del envejecimiento de las personas, que tradicionalmente dio fundamento a los derechos previsionales y de la seguridad social, adquiere relevancia a la hora de analizar el sistema impositivo y el régimen tributario del Estado e impacta en cuestiones propias del derecho tributario como los conceptos de capacidad contributiva, confiscatoriedad, mínimos imponibles, etc.

Se trata de abordar a la ancianidad y a las personas mayores como sujetos especialmente vulnerables, a los que el Estado debe un tratamiento diferenciado, no únicamente a través de los sistemas de seguridad social, sino también mediante la regulación tributaria que los alcanza. En palabras de la Corte, a partir de la reforma constitucional de 1994; “resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico, proyectándose concretamente a la materia tributaria, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal. Es que, en definitiva, el sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un comportamiento estanco, destinado a ser autosuficiente a cualquier precio, pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales” (Cons. 15).

En el sistema interamericano se adoptó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores el 15 de junio de 2015, un instrumento de protección específico para la protección de las personas mayores, justamente debido a la situación de vulnerabilidad que podrían enfrentar. Dicho instrumento se encuentra en vigencia desde el 11 de enero de 2017 y tiene jerarquía constitucional a partir de la Ley 27700. El artículo 2 de dicho instrumento establece que “A efectos de la presente Convención se entiende por: “persona mayor”: aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Muelle Flores Vs. Perú”, en ocasión de analizar el derecho a la seguridad social, afirmó que estos mecanismos funcionan como un “medio de protección para gozar de una vida digna. Las pensiones de vejez son de por sí, otorgadas a personas mayores, quienes, en algunos supuestos, como en el del señor Muelle Flores, se encuentran en una situación de vulnerabilidad.”³⁰⁷

³⁰⁷ Corte IDH, Muelle Flores Vs. Perú, Serie C-375, sentencia del 06 de marzo de 2019.

También el Tribunal dio tratamiento a los derechos de otra persona mayor, esta vez expidiéndose sobre la obligación estatal de garantizar su derecho a la salud, en el caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile”³⁰⁸, volviendo a centrar sus argumentos en torno a la vulnerabilidad de las personas en la etapa de su vejez.³⁰⁹ Si bien en otros precedentes la Corte abordó situaciones relacionadas con el derecho a la salud de personas mayores³¹⁰, en este caso destacó que se trataba de la oportunidad de pronunciarse por primera ocasión de manera específica sobre los mismos, reafirmando que las personas mayores, tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, se exige a los Estados la adopción de medidas diferenciadas. Dijo: “la Corte resalta la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos con especial protección y por ende de cuidado integral, con el respeto de su autonomía e independencia”.

Es relevante el avance jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “García vs. AFIP”, ya que da un paso más en el tratamiento preferencial de las personas mayores, reforzando los razonamientos sobre la protección de la salud y seguridad social de los ancianos, e ingresando a áreas de mayor trascendencia económica como la modulación de la política recaudatoria de los Estados. Para ello, es necesario identificar la vulnerabilidad de este grupo de perso-

³⁰⁸ Corte IDH, Poblete Vilches y otros Vs. Chile, sentencia del 08 de marzo de 2018.

³⁰⁹ Advierte el Tribunal que: “La Corte utilizará el término persona mayor en la presente Sentencia, al haberse adoptado en el artículo segundo de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Adoptada el 15 de junio de 2015 por la Asamblea General de la OEA. Entrada en vigencia el 11 de enero de 2017. No obstante, por razones de temporalidad, el citado dispositivo no resulta exigible en relación con los hechos del caso en análisis.”

³¹⁰ Recuerda el Tribunal que en el Caso Comunidad Indígena Yake Axa Vs. Paraguay, la sentencia hizo alusión somera con relación a “que las personas de edad avanzada deben tener protegida su salud en caso de enfermedades crónicas y en fase terminal”. Por su parte, en el caso García Lucero y Otras Vs. Chile, la Corte reconoció, en el rubro de reparaciones, la situación de vulnerabilidad de la víctima por su condición de adulto mayor. Cfr. Caso Comunidad Indígena Yake Axa Vs. Paraguay, *supra*, párr. 175, y Caso García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267, párr. 231.

nas, y a partir de ese núcleo de subjetivación, extender sus consecuencias protectorias a distintos ámbitos de regulación pública, como el del régimen tributario.

Siguiendo la línea argumental de la Corte nacional, los fundamentos normativos para argumentar la pertenencia de las personas que se encuentran en su vejez dentro de un grupo vulnerable especialmente protegido, los podemos encontrar en los siguientes instrumentos centrales:

El artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional dispone que corresponde al Congreso nacional; “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Como explica Rodolfo Hugo Lagar dicho inciso es una “Norma que permite calificar al colectivo de la ancianidad con un reconocimiento expreso y perteneciente a grupos de vulnerabilidad; a la par de brindar un importante marco que sirvió y sirve de fundamento para desarrollar políticas del Estado”³¹¹

Sin embargo, como lo analiza María Isolina Dabove, la protección derivada del nuevo régimen constitucional reformado en 1994, realiza una protección de los ancianos desde la perspectiva de la seguridad social y el derecho a la salud en ella incluido. Dice esta profesora respecto de dicho bloque constitucional, que: “Ahora bien, aunque todo ello ha significado un gran avance para nuestro campo, estos instrumentos de derechos humanos ofrecen un marco de protección a las personas mayores que resulta parcial e ideológicamente sesgado. En efecto, el bloque de constitucionalidad contiene tratados, declaraciones y convenciones que continúan vinculando a la vejez con la seguridad social y con el derecho de familia, dejando afuera temáticas propias de la auto-

³¹¹ Lagar, Rodolfo Hugo; Los derechos de la ancianidad en la Reforma Constitucional de 1949 y después, Ab-REVISTA DE ABOGACÍA AÑO IV | N° 6 | MAYO DE 2020.

nomía personal, los cuidados, los derechos de inclusión y participación social y ciudadana entre otras”³¹²

La Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, identifica al grupo de personas vulnerables (en su art. 2 define a la “Persona Mayor”), así como las obligaciones de los estados de tener políticas diferenciadas respecto de ellos (derivado de los principios de su artículo 3: “atención preferencias”, inc. K; “El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor”, inc. I, y de la obligación de su artículo 4 de “garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos) y de adoptar medidas afirmativas (art. 4, inciso d).

VII. Conclusiones

En mi opinión quedó acreditado que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del precedente analizado, dejó –en materia tributaria– la mirada clásica de la igualdad jurídica (Art. 16 CN), para reemplazar dicho principio por una versión estructural de la igualdad (Art. 75, inc. 23 CN).

Como puede apreciarse coincido con la construcción dogmática constitucional que realiza la mayoría en el precedente jurisprudencial de nuestro máximo tribunal en el caso “García”, sin dejar de pensar si el caso seleccionado para realizarla era el más apropiado.

Es decir, resulta claro y no se discute en autos que la señora María Isabel García era al momento de iniciar la demanda una persona jubilada y, por el dato objetivo de su edad, también era también una persona mayor o anciana. Ahora bien: ¿Sólo esta circunstancia habilita el mecanismo del tratamiento diferenciado a través de medidas de acción positiva dispuesto en el artículo 75, inc. 23 de la Constitución Nacional?

³¹² Dabove, María Isolina, *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2018, pág. 145.

La doctrina mayoritaria coincide en sostener la inconstitucionalidad del pago del impuesto a las ganancias respecto de las jubilaciones, pero no en forma genérica y para todos los casos, sino a partir de una evaluación de las particularidades de cada uno de ellos.

El enfoque diferencial considera a la Constitución como un instrumento necesario para poner en marcha las medidas de acción positiva que tiendan a construir y asegurar la igualdad estructural, pero exige que quienes tienen competencia para dictar normas generales, establezcan pautas de clasificación que sean aplicables al universo de personas que se encuentran incluidas en el grupo vulnerable de personas mayores.

Constitucionalización de las medidas de acción positiva

I. Introducción

En el presente capítulo haré un desarrollo histórico y conceptual de la incorporación de las medidas de acción positiva en nuestro ordenamiento jurídico, desde su recepción legislativa hasta su incorporación al texto constitucional en la reforma de 1994. También enunciaré las distintas medidas de acción positivas emitidas por el Estado argentino, ya sea mediante la sanción de leyes o decisiones administrativas. Finalmente, repasaré las distintas miradas que la doctrina especializada nacional tiene sobre la constitucionalización de las políticas públicas afirmativas de derechos.

Este tipo de intervenciones a través de la sanción de políticas legislativas son el contexto o parangón que dará justificación a las tutelas procesales diferenciadas, resultando el fundamento de las leyes procesales que realizan un tratamiento diferenciado en protección de determinados grupos vulnerables. Las previsiones procesales que realizan un tratamiento diferenciado en favor de determinados grupos vulnerables o en protección de determinados derechos fundamentales, son un particular ejemplo de las medidas de acción positiva.

Definitivamente, las tutelas procesales diferenciadas tienen su fundamento normativo en las medidas de acción positiva constitucionalizada en la reforma del año 1994. Así resulta imprescindible realizar un análisis –lo más pormenorizado posible– de los aspectos centrales y características principales de las acciones afirmativas constitucionalizadas, que –como veremos– no ha sido lo suficientemente tematizado, esquematizado y organizado por la doctrina del derecho constitucional argentino.

Para comprender cabalmente las tutelas procesales diferenciadas –como la establecida en la Ley de Medidas Cautelares contra el Estado Nacional– debemos profundizar en los fundamentos constitucionales, legales y doctrinarios de las medidas de acción positivas. Y para ello es necesario repasar sus fuentes, históricas, políticas y sociales –en su propio contexto– que, entrecruzando los campos político, institucional y jurídico, generaron una transformación del ordenamiento jurídico argentino a partir de la incorporación de una nueva configuración del principio de igualdad y de las funciones estatales.

Este capítulo dedicado al nacimiento y desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico de las medidas de acciones positivas, parte de las siguientes preguntas teóricas:

¿Existe un concepto o caracterización uniforme de las medidas de acción positiva?; ¿Están identificados sus elementos constitutivos?; ¿Se encuentra descripta su forma de funcionamiento?

¿Las personas desplazadas por alguna medida de acción positiva se encuentran obligadas jurídicamente a soportar dicha pérdida en virtud del principio de solidaridad?

Algunas de estas preguntas no hallarán respuesta en este capítulo, básicamente porque exceden los fines de esta obra y quedarán abiertas a otras búsquedas e investigaciones que intenten encontrar algún tipo de certeza a su respecto. Aquellas que pueda responder serán los cimientos de la posterior construcción del edificio de las tutelas procesales diferenciadas.

II. Conceptualización de las medidas de acción positiva (una primera aproximación)

Como propuse a partir de las preguntas del párrafo anterior, el itinerario de este capítulo recorrerá los antecedentes y la recepción en nuestro ordenamiento jurídico de las medidas de acción positiva y el tratamiento que le ha dispensado la doctrina constitucionalista a dicha herramienta legislativa. Pero para poder ingresar al estudio de esta institución transcribiré algunas definiciones o ideas básicas que nos permitirán ingresar al posterior análisis con una noción de qué es lo que estamos describiendo.

Como primer acercamiento puedo decir que el concepto de medidas de acción positiva puede ser entendido de tres formas o alcances diversos, pero relacionados entre sí; como una garantía específica del principio de igualdad sustancial, como medidas para defender los derechos sociales fundamentales, como acciones de protección de personas que integran grupos vulnerables, como un tipo específico de política pública.

La acción afirmativa fue definida por la Organización de Naciones Unidas como: “un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas a corregir la situación de los miembros del grupo al que están destinadas en un aspecto o varios de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva”³¹³.

Por su parte la doctrina especializada ha construido la siguientes descripción; es el establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir, aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios”³¹⁴.

³¹³ Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos; El concepto y la Práctica de la Acción afirmativa. Naciones Unidas: E / CN.4 / Sub.2 / 2000 / 11; E / CN.4 / Sub.2 / 2001 / 15.

³¹⁴ González Martín, Nuria, “El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, Revista Derecho y Sociedad N° 18, pág. 71 y sgtes.

Otra definición posible es la que entiende que se trata de “las medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre hombre y mujeres, sobre todo mediante la eliminación de las desigualdades de hecho”.³¹⁵

III. Antecedentes en el derecho comparado³¹⁶

1. Las acciones afirmativas en Estados Unidos³¹⁷

Los orígenes más difundidos de las medidas de acción afirmativa se encuentran, sin dudas, en la experiencia norteamericana iniciada en la década de los sesenta del siglo pasado, como una forma de dar tratamiento a la discriminación racial de los afros descendientes en ese país.

La discriminación de las personas llegadas de África para trabajar como esclavos generó la guerra civil de secesión en Norteamérica que culminó con el triunfo del ejército del norte y la modificación de la Constitución mediante la inclusión de la Enmienda XIII³¹⁸ propuesta por el presidente Abraham Lincoln, que abolió oficialmente la esclavitud en ese país. La discriminación sistemática respecto del colectivo de hombres y mujeres negros continúa con diversas modalidades en la

³¹⁵ Rey Martínez, “Acción positiva y discriminación inversa: delimitación”, en AA.VV., Base legal de la acción positiva, 2007, p. 16.

³¹⁶ Sánchez González, Santiago, “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y la India”, Revista Derecho Público Iberoamericano, N° 4, pág. 95/99, abril 2014.

³¹⁷ Robert A. Sedler, Employment Equality, Affirmative Action, and the Constitutional Political Consensus, 90 MICH. L. REV. 1315 (1992).

³¹⁸ Enmienda XIII de la Constitución de los EEUU: “Sección 1. Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito del que el responsable haya quedado debidamente convicto. Sección 2. El Congreso estará facultado para hacer cumplir este artículo por medio de leyes apropiadas.”

actualidad en los Estados Unidos, generando mecanismos de violencia institucional contra sus integrantes.³¹⁹

Explica Santiago Sánchez González que: “En Estados Unidos la lucha por la justicia racial fue y sigue siendo el desafío más importante de su experiencia constitucional. El problema de la esclavitud se manifiesta ya en la fase preconstituyente en Filadelfia en 1776, ensombrece todo el proceso de formación de la nación y conduce, en concurrencia con otros factores, a la guerra civil. Las enmiendas de la Constitución de 1865, 1868 y 18704 , que fueron aprobadas para conseguir la igualdad racial, no produjeron los efectos deseados, porque el Tribunal Supremo se encargó de convertir la emancipación legal en una victoria vacía, con su apoyo al racismo, implícito en la fórmula “separados pero iguales”. El cambio de rumbo no se inició hasta un siglo después con la sentencia dictada en el caso *Brown v. Board of Education*, el 17 de mayo de 1954.”³²⁰

Las acciones afirmativas nacieron entonces a mediados del siglo pasado como un mecanismo de resolver esta situación de clara violación de los derechos humanos de la población afro descendiente, a la que se sumaron como víctimas de discriminación grupos de migrantes latinoamericanos y otros sectores minoritarios.

El término “acción afirmativa” fue utilizado por vez primera en el año 1935 en el ámbito del derecho colectivo del trabajo, cuando el Congreso –en el marco del *New Deal* en la presidencia de Roosevelt– aprobó la Ley Nacional de Relaciones Laborales –conocida como Ley Wagner–, destinada a reconocer el derecho de los trabajadores a sindicalizarse y regular un método práctico de llegar a acuerdos laborales. La ley exigía expresamente una “acción afirmativa” a los empleadores culpables de discriminación contra los trabajadores sobre la base de su

319

320 Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014.

afiliación sindical, quedando incluida entre tales acciones su reincorporación en el puesto de trabajo.³²¹

En junio de 1941, el presidente Franklin D. Roosevelt emitió la Orden Ejecutiva 8802, precursora de las políticas de acción afirmativa en el ámbito de las relaciones raciales, que pedía “medidas especiales” y “determinadas acciones” para acabar con la “discriminación en el empleo de trabajadores en las industrias de defensa o gobierno [que ocurran] debido a la raza, credo, color u origen nacional”³²². El movimiento histórico de Roosevelt tenía la intención de impulsar la economía en tiempos de guerra y reducir el severo desempleo negro, como lo instaron A. Philip Randolph y otros líderes. La Orden Ejecutiva 8802 no se hizo cumplir de manera consistente, pero en algunos estados la repentina competencia negra por trabajos tradicionalmente blancos provocó hostilidad y violencia contra los negros.

El inicio de la lucha estatal contra la discriminación tomó impulso mediante el relevante título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, a la que le siguieron otras medidas en igual sentido para abordar la problemática racial. Destaca Sánchez González que; “Se aprobaron, luego, la

³²¹ La sección 10 de la ley Nacional de Relaciones Laborales regula la prevención de prácticas laborales injustas, estableciendo las facultades de contralor de la Junta Nacional de Relaciones Laborales creada por la norma. En tal contexto expresa la ley que: “El testimonio tomado por dicho miembro, agente o agencia, o la Junta se reducirá a escrito y se archivará con la Junta. A partir de entonces, a su discreción, la Junta, previa notificación, puede tomar más testimonio o escuchar argumentos. Si sobre la preponderancia del testimonio tomado, la Junta es de la opinión de que cualquier persona nombrada en la queja se ha involucrado o está participando en una práctica laboral injusta, entonces la Junta declarará sus conclusiones de hecho y emitirá y hará que se le notifique a dicha persona una orden que requiera que cese y desista de tal práctica laboral injusta, y que tome dicha acción afirmativa, incluida la reincorporación de empleados con o sin pago retroactivo, según las políticas de esta Ley” (la traducción y el subrayado me pertenecen). Ampliar en; Arroyo Vázquez, María Luz, “Un hito de la legislación laboral estadounidense: la ley nacional de relaciones laborales o ley Wagner (1935)”, Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, I-i” Contemporánea, t. 15, 2002, págs. 351-377.

³²² Orden Ejecutiva 8802: “Todos los departamentos y agencias del Gobierno de los Estados Unidos que se ocupan de los programas vocacionales y de capacitación para la producción de defensa tomarán medidas especiales apropiadas para asegurar que dichos programas se administren sin discriminación por motivos de raza, credo, color u origen nacional”.

Civil Rights Act (1964), la Executive Order 11-246 de 25 de septiembre de 1965, la Voting Rights Act (1965), la Fair Housing Act (1968), y se creó la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en Materia de Empleo. En este mismo ámbito, parece que fue el presidente Lyndon Johnson quien en 1967 modificó mediante otra Executive Order, la 11375, una previa, para incluir una referencia a la ‘discriminación’ por razón del sexo. El legislador quería, sobre todo, que la sociedad estadounidense comenzase a tratar a los negros como individuos, sujetos de derechos en igualdad de condiciones con los blancos. La aprobación de esas normas significó, no podía ser de otro modo, el reconocimiento público de la impronta esclavista del sistema político estadounidense –ofrecido al mundo exterior como modelo liberal y democrático–, y el descubrimiento sin tapujos del trato secular discriminatorio de la raza negra (...) y de otras minorías raciales.”³²³

En la década de 1970 se llegó a un punto en el que las políticas mencionadas demostraron ser insuficientes, por lo que, tanto el Estado Federal como algunas Universidades y empresas iniciaron un proceso de adopción de medidas de otro tenor y alcance con el claro objetivo de logara un cambio significativo en la condición de vida de la población afro descendiente, así como de otros sectores desposeídos. Este grupo de medidas –que pueden distinguirse entre las que utilizaron el sistema de metas u objetivos y las que optaron por el sistema de cupos–, tendientes a la plena integración social de los negros y de otras minorías raciales se las agrupó bajo la denominación “affirmative action”.

Continuando con Sánchez González: “La ‘acción afirmativa’ que se emprende a principios de la década de 1970 por los poderes públicos y por algunas empresas privadas supone la superación de aquella con-

³²³ Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014. Ampliare en: Aguilar Fernández, Susana, “Contexto político y protesta: El movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época) ISSN: 0048-7694, Núm. 136, Madrid, abril-junio (2007), págs. 11-49.

cepción originaria en un doble sentido. Por un lado, parte de la existencia de una profunda desigualdad social que es el resultado de una discriminación estructural y generalizada basada fundamentalmente en la raza y el color de la piel, contra la que hay que luchar mediante acciones concretas. Por otro, porque las víctimas de la discriminación lo han sido y lo son como consecuencia, no de una característica o comportamiento individual específico, sino de rasgos físicos generales. Esta ‘acción afirmativa’ constituye, por lo tanto, una práctica, o una política, dirigida a favorecer a sectores de población que se encuentran en condiciones de inferioridad precisamente por ser de una raza determinada; y es, por lo tanto, una discriminación de signo inverso, que pretende enmendar los efectos de la discriminación histórica que habían sufrido sobre todo los negros y los inmigrantes no procedentes del universo anglosajón.”³²⁴

Las políticas de discriminación inversa generaron una importante discusión en los Estados Unidos, en especial la acción afirmativa practicada en el empleo, la educación y otros campos ha suscitado un intenso debate moral y legal.

El debate se centra en las acusaciones de que los remedios con conciencia racial diseñados para reparar la discriminación odiosa contra algunos grupos equivalen a una “discriminación inversa” ilícita contra otros.

Políticamente, se sostiene que la acción afirmativa invierte la relación entre el individuo y el grupo, es decir, en lugar de que el individuo sea la unidad social primaria sobre la que se forman los grupos, el grupo se convierte en primario y es la fuente de derechos para el individuo. Es que el significado histórico principal de la acción afirmativa ha sido promover la intervención estatal en el libre mercado y debilitar las instituciones políticas y sociales basadas en los derechos individuales. Aquellos que se oponen a la acción afirmativa expresan especial preocupación por cualquier forma de intervención que implique mandatos numéricos, espe-

³²⁴ Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014.

cialmente metas y cuotas. Aunque la palabra *metas* a menudo connota pautas flexibles para la inclusión de grupos y *cuotas* a menudo connotan límites rígidos con intención discriminatoria, ambos implican porcentajes o números óptimos de personas que pertenecen a grupos específicos destinados a servir en capacidades específicas.

Los defensores más firmes de la acción afirmativa argumentan que los mandatos numéricos, ya sean llamados “metas” o “cuotas”, son remedios justos y efectivos para la discriminación persistente.

Cierro este punto con la mirada sobre el desarrollo y resultados de estas políticas en Norteamérica expuesta por el autor de referencia: “En Estados Unidos la premisa que subyace en la adopción de las políticas de acción afirmativa es una concepción de la igualdad de tipo formal e individual que pretende proporcionar una igualdad de oportunidades. Esas medidas son muy recientes, no están constitucionalmente reconocidas y no se permiten en forma de cuotas. Además, han sido objeto de cuestionamiento no sólo por la doctrina, sino en las instancias judiciales, y han producido escasos resultados favorables a los sectores de población concernidos en los ámbitos laboral y educativo, y menos aún en el de la representación en los órganos de gobierno.”³²⁵

*2. Jurisprudencia relevante de la Corte Suprema de los Estados Unidos*³²⁶.

A fin de historizar brevemente, podemos afirmar que la discusión sobre la Cláusula de Protección Igualitaria tiene larga data en esta Corte

³²⁵ Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014.

³²⁶ Este acápite se desarrolló en base al trabajo: Schapira, Sofia Victoria y Cabral, Pablo Octavio: “Las acciones afirmativas en la jurisprudencia norteamericana. Su posible impacto en el ordenamiento jurídico”, Editorial Universitaria del IUNMA, Buenos Aires, octubre de 2023.

Suprema; si bien habían asegurado en diversos fallos³²⁷ que su voluntad era tomar como propios los objetivos planteados en esta cláusula, la realidad fue distinta con el fallo “Plessy v. Ferguson”, de 1896, en el que se planteó la doctrina “separados pero iguales”. Esta doctrina se sostendría en el tiempo durante más de medio siglo, hasta que en 1954 llegó el famoso fallo “Brown v. Board of Education”, donde se discutía la legalidad de la segregación étnica en el ámbito escolar. En este fallo, la Corte estadounidense dio un giro de 180° y definió que resultaba inconstitucional el principio de discriminación racial. Si bien este fallo se refería estrictamente a la educación, luego se reiteró la doctrina en distintos ámbitos³²⁸, quedando clara la idea de igualdad y el rechazo a la segregación étnica.

Según la Corte Suprema, las excepciones a la cláusula establecida en la Decimocuarta Enmienda solo pueden tener lugar si se realiza un escrutinio estricto y se cumplen dos factores fundamentales: que la clasificación racial se utilice para promover intereses gubernamentales fundamentales y si el uso del origen étnico por parte del gobierno resulta absolutamente necesario para cumplir ese interés. En los casos en los que se cumplan ambos presupuestos, pueden aceptarse excepciones, siempre buscando la mayor igualdad real para los grupos minoritarios que han tenido una gran historia de discriminación y exclusión. Los dos motivos en los que, según los antecedentes de la Corte, se pueden encontrar intereses fundamentales que permiten recurrir a la acción gubernamental basada en el origen étnico son el remedio a instancias específicas e identificadas de discriminación pasada que violaron la

³²⁷ Strauder v. West Virginia, 100 U. S. 303, 307-309; Yick Wo v. Hopkins, 118 U. S. 356, 368-369, 373-374 (1886); Truax v. Raich, 239 U. S. 33, 36 (1915); Strauder, 100 U. S., en 308-309; entre otros.

³²⁸ En Gayle v. Browder sobre transporte público, Mayor and City Council of Baltimore v. Dawson sobre playas y espacios públicos, Shelley v. Kraemer sobre convenios de vivienda, Hernández v. Texas sobre composición de los jurados, Holmes v. Atlanta sobre campos de golf, New Orleans City Park Improvement Assn. v. Detiege sobre parques públicos, por dar algunos ejemplos.

Constitución o un estatuto y la prevención de riesgos inminentes y graves para la seguridad humana en las prisiones.

La jurisprudencia específica en materia de admisiones basadas en criterios étnicos comienza con el fallo “Bakke”³²⁹. El Sr. Allan Bakke demandó a la Universidad de California por reservar una plaza especial (16 de sus 100 vacantes) para estudiantes pertenecientes a minorías étnicas, a los que se les tomaba una admisión distinta que al resto de los postulantes. Bakke intentó entrar dos años seguidos sin éxito, y ante la frustración al ver que por esta plaza especial ingresaba gente con peor promedio que él, realizó la denuncia por violación a la Cláusula de Protección Igualitaria. Si bien la decisión estuvo sumamente dividida en este caso –hubo seis votos distintos y ninguno generó mayoría–, se le terminó dando parcialmente la razón a la parte actora, y el juez Powell terminó indicando que si bien las universidades pueden tener libertades para emitir juicios sobre el alumnado que proyectan tener, las distinciones étnicas y raciales a priori resultan categorías sospechosas contrarias a los principios que deberían propulsar. Argumentó que el origen étnico de un participante puede sumar a su postulación en igual medida que cualquier situación desafiante, por lo que puede ser determinante en caso de dudas, pero nunca debe ser tenido como único motivo para aceptar o rechazar a alguien en el ingreso universitario.

Esta opinión del juez Powell en el fallo Bakke se mantuvo hasta el año 2003, cuando se discutió el caso “Grutter v. Bollinger”, sobre el sistema de admisiones utilizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan. En este fallo se siguieron los mismos lineamientos y, en añadidura, se establecieron límites claros a los medios a utilizar por la universidad: no se pueden establecer cuotas para determinados grupos étnicos, ubicar a distintos grupos en circuitos diferenciados de admisión ni buscar tener cupos de distintos grupos étnicos únicamente por su origen en sí. El objetivo de estos límites era brindar una protección ante el riesgo de que la etnia se convierta en un “estereotipo

³²⁹ Regents of University of California v. Bakke, 438 US 265 (1978).

ilegítimo” y evitar que la diversidad étnica se utilice como desventaja para discriminar a los grupos que no se ven beneficiados por este tipo de beneficios.

La Corte hizo referencia expresa al carácter temporal y transitorio de estas políticas educativas de acciones afirmativas: “Todos los programas de admisión basados en la raza deben tener un punto de finalización; deben tener límites de duración razonables; deben estar limitados en el tiempo; deben tener disposiciones de extinción; deben tener un final lógico; su desviación de la norma de igualdad de trato debe ser una cuestión temporal”.

Una de las mayores preocupaciones a la hora de fallar en *Grutter* fue la peligrosidad de las admisiones basadas en criterios raciales, por lo que definieron que eventualmente deberían terminar, y mencionaron que resultaría un objetivo razonable que en los próximos veinticinco años, ya no debería haber distinciones étnicas a la hora de aceptar o rechazar candidatos en las universidades estadounidenses.

El 29 de junio de 2023 la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó dos sentencias en las que modificó sus criterios anteriores y declaró la inconstitucionalidad de las acciones afirmativas en materia de ingreso a la universidad, ya sea pública o privada. La discusión de fondo en los fallos “*Students for Fair Admissions v. Harvard*”³³⁰ y “*Students for Fair Admissions v. University of North Carolina*” de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos radica sobre la constitucionalidad –o no– de las admisiones universitarias basadas en criterios raciales a la luz de la Cláusula de Protección Igualitaria de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución.

Indica la primera sección de esta cláusula constitucional:

“Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida. Ningún estado podrá crear o implementar leyes que limiten

³³⁰ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos; 600 U.S. 181; “*Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*”, sentencia de fecha 29/06/2023.

los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria.”

La denuncia que dio lugar a la discusión fue realizada por Students for Fair Admissions (SFFA), una organización sin ánimo de lucro de estudiantes agrupados en pos de la igualdad en las admisiones universitarias, altamente competitivas en Estados Unidos³³¹. Su principal argumento residía en que, según la Cláusula de Protección Igualitaria, no deberían permitirse las distinciones legales en base a cuestiones étnicas o raciales.

El tribunal, luego de realizar un repaso histórico de su jurisprudencia sobre el tema, cierra recordando que en el precedente *Grutter* advirtió que: “Han pasado 25 años desde que el juez Powell aprobó por primera vez el uso del origen étnico para fomentar el interés por la diversidad del alumnado en el contexto de la enseñanza superior pública (...) esperamos que dentro de 25 años, el uso de preferencias étnicas ya no sea necesario para promover el interés aprobado hoy”, y el siguiente párrafo lo inicia afirmando que: “Veinte años después, no se vislumbra el final. La opinión de Harvard sobre cuándo terminará la admisión basada en criterios étnicos no tiene fecha... Sin embargo, ambas insisten en que el uso de criterios étnicos en sus programas de admisión debe continuar”.

Continúa su razonamiento con la siguiente premisa: “Pero hemos permitido la admisión basada en criterios étnicos sólo dentro de los límites de restricciones estrechas. Los programas universitarios deben cumplir con un escrutinio estricto, nunca pueden utilizar el origen étnico como un estereotipo o negativo, y –en algún momento– deben

³³¹ Según las estadísticas publicadas por Crimson Education, los postulantes para ingresar a la Universidad de Harvard este año y finalizar sus estudios en el año 2027 fueron 56.937. Entre todos ellos, aceptaron en total 1942, es decir, el 3,4%. Disponible en <https://www.crimsoneducation.org/nz/blog/harvard-acceptance-rate/> consultada el 4 de julio de 2023.

terminar. Los sistemas de admisión de los demandados –por bien intencionados que sean y aplicados de buena fe– incumplen cada uno de estos criterios. Por lo tanto, deben ser invalidados en virtud de la Cláusula de Protección Igualitaria de la Decimocuarta Enmienda.”³³²

Según la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, este caso no cumple con algunos límites asentados jurisprudencialmente. Para empezar, se requiere que, comprendiendo la peligrosidad de este tipo de categorías, el sistema de ingreso basado en el origen étnico de los postulantes sea lo suficientemente mensurable para permitir una revisión judicial bajo la rúbrica del escrutinio estricto; esto, según el tribunal, no se ha cumplido, ya que los objetivos planteados por las universidades³³³ resultan imponderables a efectos de realizar este tipo de controles. Asimismo, al no presentar un nexo claro entre sus objetivos y los medios que emplean para alcanzarlos, no hay un análisis claro a la hora de afirmar que se cumplieron o no.

Indica la Corte que las universidades, al dividir a las poblaciones en seis grupos étnicos (asiáticos, hawaianos o isleños del Pacífico, latinos, caucásicos, afrodescendientes y poblaciones originarias), lo que realizan es utilizar categorías imprecisas que dejan afuera a numerosas poblaciones y que excluye la posibilidad de tener matices dentro de las distintas comunidades. Así entonces, estas categorías opacas socavan los objetivos de representación y diversidad esgrimidos por las demandadas, impidiendo una multiculturalidad en el contexto universitario.

³³² Ver voto mayoritario en traducción publicada en Schapira, Sofía Victoria y Cabral, Pablo Octavio: “Las acciones afirmativas en la jurisprudencia norteamericana. Su posible impacto en el ordenamiento jurídico”, Editorial Universitaria del IUNMA, Buenos Aires, octubre de 2023.

³³³ “Formar nuevos líderes para el sector público y privado, preparar a los graduados para adaptarse a una sociedad cada vez más plural, educar mejor a sus estudiantes a través de la diversidad y producir nuevos conocimientos derivados de perspectivas diversas” son los objetivos planteados por parte de la Universidad de Harvard. A su vez, la Universidad de Carolina del Norte indica que busca promover el intercambio sólido de ideas, ampliar y refinar el entendimiento, fomentar la innovación y la resolución de problemas, preparar ciudadanos y líderes comprometidos y productivos y mejorar el aprecio, el respeto y la empatía, el entendimiento intercultural y acabar con los estereotipos.

Asimismo, manifiestan disconformidad ante la idea preconcebida de que cualquier persona perteneciente a una etnia determinada responde a pensamientos “típicos de dicha etnia”, calificando estas creencias de prejuiciosas y estereotipadas.

La dificultad de evaluar judicialmente los criterios utilizados por las universidades para realizar el ingreso de estudiantes a sus carreras dio lugar a la tradición de otorgar cierto grado de deferencia a las decisiones académicas universitarias. Frente a ella, la Corte realiza la siguiente aclaración limitante de tal discrecionalidad en la selección de ingresantes: “Pero hemos sido inequívocamente claros en que cualquier diferencia debe existir “dentro de los límites constitucionalmente prescritos”, *ibidem*, y que “la diferencia no implica el abandono o la abdicación de la revisión judicial”, *Miller-El v. Cockrell*, 537 U. S. 322, 340 (2003). Las universidades pueden definir sus misiones como mejor les parezca. La Constitución define la nuestra. Los tribunales no pueden autorizar la separación de estudiantes por motivos étnicos sin una justificación extremadamente persuasiva que sea lo suficientemente mensurable y concreta como para permitir la revisión judicial. Como este Tribunal ha reafirmado en repetidas ocasiones, “las clasificaciones étnicas son sencillamente demasiado perniciosas para permitir otra cosa que no sea la conexión más exacta entre justificación y clasificación”. *Gratz v. Bollinger*, 539 U. S. 244, 270 (2003). Los programas en cuestión aquí no satisfacen esa norma.”³³⁴

En conclusión, para la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, este tipo de sistemas de admisión resultan inconstitucionales a la luz de la Cláusula de Protección Igualitaria dispuesta por la Decimocuarta Enmienda de la Constitución Nacional. Indican que el origen étnico siempre resulta, *a priori*, una categoría sospechosa que impide juzgar a la gente por sus méritos y cualidades esenciales, y que

³³⁴ Ver voto mayoritario en traducción publicada en Schapira, Sofía Victoria y Cabral, Pablo Octavio: “Las acciones afirmativas en la jurisprudencia norteamericana. Su posible impacto en el ordenamiento jurídico”, Editorial Universitaria del IUNMA, Buenos Aires, octubre de 2023.

este tipo de medidas actúa en contra de la voluntad del legislador al crear la Constitución, la de tener una población sin prerrogativas de sangre ni de nacimiento.

Dice el voto mayoritario: “los programas de admisión de Harvard y la UNC no pueden conciliarse con las garantías de la Cláusula de Protección Igualitaria. Ambos programas carecen de objetivos suficientemente específicos y mensurables que justifiquen el uso del origen étnico, emplean inevitablemente el origen étnico de manera negativa, implican estereotipos étnicos y carecen de puntos finales significativos. Nunca hemos permitido que los programas de admisión funcionen de esa manera, y no lo haremos hoy.”³³⁵

El profesor Thomas, en análisis de este fallo, opinó que en definitiva la Corte reconoció las buenas intenciones de las políticas de cupos universitarios pero, en el análisis concreto de los casos en revisión judicial, encontró que las demandas realizaron un ejercicio disfuncional de las acciones afirmativas.³³⁶

Coincidió en que la decisión aquí en estudio se basó en una evaluación concreta y exhaustiva sobre la forma en que ambas universidades aplicaron estas políticas inclusivas en materia educativa, aun-

³³⁵ Ver voto mayoritario en traducción publicada en Schapira, Sofía Victoria y Cabral, Pablo Octavio: “Las acciones afirmativas en la jurisprudencia norteamericana. Su posible impacto en el ordenamiento jurídico”, Editorial Universitaria del IUNMA, Buenos Aires, octubre de 2023.

³³⁶ Thomas, Gustavo J; “Inconstitucionalidad de las acciones afirmativas. Buenas ideas vs. ejercicios disfuncionales”, Editorial La Ley, Buenos Aires, Diario del miércoles 8 de mayo de 2024. Dice: “Debe siempre tenerse presente que los esquemas de cupos limitados, su ejercicio afecta a por lo menos dos individuos por razones de sexo, religión, raza, etc., que se verán beneficiados y afectados exactamente por la misma razón, su color, religión, sexo, etc. Solo si los cupos no son limitado, no habría afectación de derechos. La acción directa supone siempre la discriminación predefinida como buena por razón de sexo, religión, color, bien sea directa o indirectamente, solo que es aceptada por el legislador (sin entrar aquí en el estudio de si la faz nomenclógica ha pasado el tamiz sociológico anterior y dialógico social). Luego, que el ejercicio sea correcto o que la respuesta sea funcional a lo buscado, es otro tema. La USSC plantea, ahora, que el resultado es disfuncional para los intereses sociales, no que el fin perseguido sea equivocado”, p.7.

que, desde mi perspectiva, la verdadera razón de peso para declarar la inconstitucionalidad del sistema de cupos tiene su fundamento en el posicionamiento ideológico de los jueces, en particular su mirada política sobre el principio de igualdad. La mirada individualista de los magistrados votantes, con distintos argumentos se opone a la percepción de la desigualdad desde una mirada social, general, colectiva, en fin, que ponga el eje en la estructura social y en las discriminaciones del sistema respecto de personas que integran grupos históricamente excluidos o segregados.

Así lo explican los propios jueces, al finalizar su voto mayoritario: “Un beneficio para un estudiante que superó la discriminación étnica, por ejemplo, debe estar vinculado al valor y la determinación de ese estudiante. O un beneficio a un estudiante cuya herencia o cultura le motivó a asumir un papel de liderazgo o alcanzar un objetivo particular debe estar vinculado a la capacidad única de ese estudiante para contribuir a la universidad. En otras palabras, el estudiante debe ser tratado en función de sus experiencias como individuo, no en función de su el origen étnico. Muchas universidades han hecho lo contrario durante demasiado tiempo. Y al hacerlo, han llegado a la conclusión, errónea, de que la clave de la identidad de un individuo no son los retos superados, las habilidades adquiridas o las lecciones aprendidas, sino el color de su piel. Nuestra historia constitucional no tolera esa elección”³³⁷.

No podemos dejar de preguntarnos por el impacto de este fallo del máximo tribunal norteamericano en nuestro ordenamiento jurídico, adelantando que es un importante insumo para la discusión política e ideológica, debiendo tener en claro que de ninguna forma se trata de una fuente que jurídicamente tenga alguna consecuencia en nuestro ordenamiento jurídico positivo. Como veremos, a diferencia de la constitución y legislación norteamericana, las acciones positivas en

³³⁷ Ver voto mayoritario en traducción publicada en Schapira, Sofía Victoria y Cabral, Pablo Octavio: “Las acciones afirmativas en la jurisprudencia norteamericana. Su posible impacto en el ordenamiento jurídico”, Editorial Universitaria del IUNMA, Buenos Aires, octubre de 2023.

nuestro país tienen expresa y específica recepción positiva que nos releva de cualquier discusión técnica sobre su constitucionalidad.

3. Las medidas de acción afirmativas en la India

El caso de la India es paradigmático para el estudio de las acciones afirmativas y guarda interés en tanto estas medidas se han utilizado desde hace mucho tiempo –sin poder afirmar que luego tal modelo político se haya trasladado a Estados Unidos, Europa y el resto del continente americano– para lograr mitigar las desigualdades estructurales de una sociedad dividida milenariamente en centenares de castas distintas.

Sánchez González dice al respecto: “La naturaleza y complejidad de la estratificación social en la India –resultado último de las múltiples desigualdades y de su persistencia– son únicas. En principio, el esquema de que se sirven los sociólogos occidentales cuando estudian la división del trabajo social y la diferenciación social, que les lleva a la formulación de modelos, como las sociedades esclavistas, de castas, estamentales y de clases, no sirve para proporcionarme una imagen aproximada de la sociedad de la India, entre otras razones porque no puede explicar la estabilidad milenaria de su sistema de estratificación social”³³⁸

A finales del siglo XIX, cuando el país se encontraba sometido por el imperialismo británico, se iniciaron algunas políticas de acción positiva como el establecimiento de reservas de plazas en instituciones educativas para aquellas personas que constituían las clases deprimidas o comunidades atrasadas. En algunos principados de la India, en el año 1926, se fijaron cuotas para el acceso al servicio público, y a algunos órganos de representación política, con la conformidad de los ingleses, que pretendían estimular las divisiones internas en la fragmentada sociedad hindú.

³³⁸ Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014.

En ese país, las acciones afirmativas –declarada su independencia– llevan el nombre de políticas de reserva y se encuentran consolidadas en su actual sistema institucional y jurídico. Dice Sánchez González: “La ‘reservation policy’ –o política de reserva–, como se denomina en la India, es una expresión que engloba todas las medidas previstas para eliminar o aliviar las profundas y múltiples desigualdades existentes en el seno de la sociedad, de tal manera que la acción afirmativa, entendida como la que se emprende por los poderes públicos para corregir una discriminación del pasado, sería tan sólo una de las manifestaciones de la reservation policy. En realidad, lo que se pretende es instaurar una justicia distributiva de recursos y de poderes.”³³⁹

En la Constitución de 1949, y sus posteriores reformas, se reconoció la igualdad formal (en la modalidad liberal) junto con la idea del necesario combate a la desigualdad sustancial.

Este texto constitucional, por un lado, reconoció la igualdad de todas las personas ante la ley (art. 14) y estableció la prohibición, en el art. 15, de todo trato discriminatorio de los ciudadanos derivado de la religión, la raza, la casta, el sexo, o el lugar de nacimiento y por el otro añadió que: “nada de lo dispuesto en este artículo impedirá que el Estado adopte cualquier disposición especial para las mujeres y los niños” (art.15 inc.3) y que: “Nada en este artículo [...] impedirá que el Estado adopte cualquier medida especial para el progreso de las clases de ciudadanos atrasadas social y educacionalmente, o para el de las castas y las tribus catalogadas” (art. 15, inc.4) y –en materia de empleo público: “nada podrá impedir que el Estado establezca lo que estime conveniente para la reserva de nombramientos o puestos en favor de cualquier clase atrasada de ciudadanos que, a juicio del Estado, no esté adecuadamente representada en servicios dependientes del Estado” (art. 16). Además, en la Enmienda Constitucional del año 2005, se habilitó al Estado para adoptar cualquier medida es-

³³⁹ Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014.

pecial para la promoción de las clases de ciudadanos atrasadas social y educacionalmente, o de las castas y tribus catalogadas, relativa a su admisión en instituciones educativas públicas y privadas, con o sin subvención estatal.

Estas normas no sólo tienen la complejidad de compartir dos modelos respecto del principio de igualdad –lo que podría resolverse, no sin dificultad, mediante su complementariedad–, sino que requiere para su efectivización la determinación, lo más precisa posible, de los conceptos de castas o tribus catalogadas, así como de clase atrasada y clases de ciudadanos atrasadas social y educacionalmente. La Constitución no resolvió tales lagunas sino que se limitó a atribuir al Presidente de la Nación –en sus artículos 341 y 342– la competencia para, previa consulta con la autoridad del Estado o territorio concernido, concretar las castas, razas o tribus, o partes o grupos de las mismas que deberían ser consideradas como castas o tribus catalogadas en relación con ese Estado o territorio de la Unión. En cuanto a las clases atrasadas, el artículo 340 previó la creación por el Presidente de una comisión que debía investigar las condiciones de las clases atrasadas, distintas de las castas y tribus, para mejorar su condición y aconsejar las medidas oportunas.

En la historia de esta nación, se constituyeron varias comisiones para investigar las condiciones de las clases atrasadas y se dictaron sentencias judiciales interpretando estas normas constitucionales interpretando las políticas de reserva dispuestas en el ordenamiento jurídico hindú.

Como síntesis, transcribiré la opinión del especialista en esta cuestión utilizado en estos puntos: “En la India, la política de reservas se basa en una concepción de la igualdad que tiene en cuenta al grupo, no a la persona individual, y va dirigida a alcanzar una igualdad de resultados o de hecho. Las medidas políticas antidiscriminatorias datan del siglo xix, han sido constitucionalizadas y legalizadas, y su aplicación en los diferentes sectores de la educación pública gratuita, del empleo público y de representación en las instituciones políticas de los distintos ámbitos: nacional, estatal y local, constituye una realidad cotidiana. Castas y tri-

bus tienen asegurada su participación en los órganos políticos de decisión y, a fecha de hoy, la presencia de unos pocos intocables en las elites del liderazgo político y de los partidos políticos es innegable. El remedio parcial de los efectos del sistema de castas mediante la acción afirmativa no ha encontrado, sin embargo, una colaboración efectiva en los aparatos de la Unión y de los Estados para poner fin a la discriminación, porque las autoridades ejecutivas no protegen realmente a los sectores más vulnerables de la sociedad, ni promueven un cambio de la mentalidad dominante”³⁴⁰

4. Las medidas de acción positiva en el Sistema Europeo de Derechos Humanos

Encuentro que en el sistema comunitario se reconoce en forma medianamente generalizada una definición no oficial de las medidas de acción positiva –a partir de una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo–, según la cual: “el concepto de acción positiva abarca todas las medidas destinadas a contrarrestar los efectos de la discriminación del pasado, a eliminar la discriminación existente y a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, particularmente en relación con tipos o niveles de empleo donde los miembros de un sexo están infrarrepresentados”.³⁴¹

³⁴⁰ Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014. Agregó: “Antes al contrario. Por otra parte, el aspecto negativo del éxito de los programas de acción afirmativa es que han terminado por producir el efecto contrario al que se pretendía: en lugar de conducir a la supresión del sistema de castas, ha llevado a su afianzamiento, anquilosamiento y reproducción. Ahora lo que se reivindica es la identidad de la casta y con la casta, porque a través de la integración de las castas en las listas de clases atrasadas se puede lograr un tratamiento preferente –a todas luces injusto– que, de otro modo, no sería posible.”

³⁴¹ Ampliar en Basterra, Marcela; “Las acciones positivas aplicadas a la cuestión de género. Veinticinco años después de la reforma constitucional”; en Manili, Pablo: *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

En Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, en su artículo 14 se aboca a tratar la discriminación y dispone su prohibición en estos términos: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”

Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el artículo 14 no prohíbe a un Estado miembro tratar a los grupos de manera diferente para corregir las “desigualdades fácticas” entre ellos; de hecho, en ciertas circunstancias, si no se intenta corregir dicha desigualdad mediante un trato diferente, puede dar lugar a una infracción del artículo 14.³⁴²

Los órganos de la Convención han llegado a la conclusión de que las medidas que dan lugar a una diferencia pueden encontrar justificación en las normas de protección de los derechos humanos. Así, el trato entre hombres y mujeres estaba justificado para compensar a las mujeres por las desigualdades. En *Andrle v. La República Checa*, 2011, la demandante se quejó de que, a diferencia de las mujeres, no se redujo la edad de jubilación para los hombres que habían criado a sus hijos. El Tribunal determinó que esta medida estaba objetiva y razonablemente justificada para compensar a las mujeres por las desigualdades (como salarios y pensiones generalmente más bajos) y las dificultades generadas por expectativa de que trabajarían a tiempo completo y se harían cargo de los niños y del hogar. Eso sostuvo además que el momento y el alcance de las medidas tomadas para rectificar la desigualdad en cuestión, no había sido manifiestamente irrazonable y que, en consecuencia, no había habido violación

³⁴² Taddeucci and McCall v. Italy, 2016, § 81; Kurić and Others v. Slovenia [GC], 2012, § 388; Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina [GC], 2009, § 44; Muñoz Díaz v. Spain, 2009, § 48; D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], 2007, § 175; Stec and Others v. the United Kingdom [GC], 2006, § 51; Thlimmenos v. Greece [GC], 2000, § 44; the Belgian linguistic case, 1968, § 10 of “the Law” para.

del artículo 14 de la Convención en conjunción con el artículo 1 del Protocolo No. 1.

En la Comisión Europea de Derechos Humanos en su decisión recaída en *Lindsay c. el Reino Unido*, 1986, sostuvo que las disposiciones fiscales que dan lugar a ventajas fiscales adicionales que se acumulaban cuando una esposa era el sostén de una familia se consideraba que estaban dentro del margen de reconocimiento otorgado a las autoridades nacionales, ya que tal diferencia de trato tenía un objetivo y una justificación razonable con el fin de proporcionar una discriminación positiva a favor de los casados mujeres que trabajan.

El artículo 14 puede activarse cuando los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no traten de manera diferente a las personas cuyas situaciones son significativamente diferentes (*Abdu contra Bulgaria*, 2014; *Eweida y otros contra el Reino Unido*, 2013, § 87; *Pretty contra el Reino Unido*, 2002, párrafo 88; *Thlimmenos contra Grecia*, 2000, párrafo 44). Así, junto con la obligación negativa que incumbe a los Estados miembros de no discriminar, la Corte también ha determinado que, en particulares circunstancias, el artículo 14 puede implicar “obligaciones positivas” de los Estados para prevenir, detener o sancionar la discriminación (*Pla y Puncernau c. Andorra*, 2004). Tales obligaciones positivas que incumben a los Estados miembros pueden incluir las llamadas “medidas positivas” (*Horváth y Kiss c. Hungría*, 2013), o “discriminación revertida”, “acción positiva” o “acción afirmativa” que un Estado podría o debería adoptar para corregir las “desigualdades fácticas”.

Agrega que, por ejemplo, en el precedente *Thlimmenos c. Grecia*, 2000, la legislación nacional prohibió a las personas con una condena penal incorporarse a la profesión de contadores públicos. Por lo tanto, al demandante se le había negado el nombramiento como contador público porque había sido condenado penalmente por negarse a usar uniforme militar durante su servicio nacional, como resultado de sus creencias religiosas. El Tribunal determinó que el Estado había violado el derecho del demandante en virtud

del artículo 14 leído en conjunto con el artículo 9, ya que debería haber distinguido entre personas condenadas por delitos cometidos exclusivamente por sus creencias religiosas y personas condenadas por otros delitos.

En el antecedente *Abdu c. Bulgaria*, 2014, la Corte reiteró que, al investigar incidentes violentos provocados por presuntas actitudes racistas, tratar la violencia y la brutalidad por motivos raciales en pie de igualdad con los casos que carecen de matices racistas equivaldría a hacer la vista gorda ante la situación específica y la naturaleza de los actos que son particularmente destructivos de los derechos humanos fundamentales. La falta de distinción en la forma en que se manejan situaciones que son esencialmente diferentes puede constituir un trato injustificado inconciliable con el artículo 14 del Convenio.

En el caso *Horváth y Kiss c. Hungría*, 2013, una causa relativa a la colocación sistemática de niños romaníes en escuelas especiales en Hungría, la Corte concluyó que, en el contexto del derecho a la educación de los miembros de grupos que habían sufrido discriminación en la educación en el pasado, las deficiencias estructurales exigían la aplicación de medidas positivas para, entre otras cosas, ayudar a los solicitantes con las dificultades que encontraran para seguir el plan de estudios escolar. Por lo tanto, se necesitaban algunos pasos adicionales para abordar estos problemas, como la participación activa y estructurada por parte de los servicios sociales relevantes.

En el precedente *Çam v. Turquía*, 2016, más cercano en el tiempo, una academia de música se negó a inscribir a una estudiante debido a su discapacidad visual. La Corte encontró una violación del artículo 14 en conjunto con el artículo 2 del Protocolo No. 1, señalando que la discriminación basada en la discapacidad también cubría la negativa a proporcionar ajustes razonables (por ejemplo, la adaptación de los métodos de enseñanza para hacerlos accesibles a los estudiantes ciegos).

IV. Recepción de las medidas de acción afirmativas en Argentina

1. La ley 24.012 de cupo femenino (1991)³⁴³

La Ley 24.012, de Cupo Femenino fue sancionada en la sesión del 6 de noviembre de 1991 y resultó el acto de gestación de las medidas de acción positiva y su constitucionalización tres años después en la Convención Constituyente que sesionó en Santa Fe y Paraná³⁴⁴.

Esta norma de avanzada, a partir de la modificación del artículo 60 del código electoral nacional, dispuso un piso de un 30 por ciento de mujeres en las listas a legisladoras nacionales, en lugares con posibilidades de ser electas.³⁴⁵ La ley fue reglamentada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante la emisión del Decreto 379/93.

A tres décadas de aquel acontecimiento que marcó un antes y un después en la política Argentina, el diario *Página 12* entrevistó a varias de las protagonistas que contaron entretelones de su aprobación y el

³⁴³ Ampliar en Tula, María Inés, La Ley de Cupos en la Argentina: reforma electoral y representación política; Davoli, Pablo Javier, “Breve reseña del “cupo femenino” en el Estado Nacional Argentino”, 12 de Abril de 2006 litoral-elderecho.com.ar (rosario digital) Id SAIJ: DASF080073;

³⁴⁴ Tula, María Inés, La Ley de Cupos en la Argentina: reforma electoral y representación política. Dijo: “La ley 24.012 aprobada en la Argentina en 1991, llamada comúnmente “ley de cupos”, fue la primera norma en el mundo establecida para aumentar la representación de las mujeres en el ámbito parlamentario nacional. Esta iniciativa fue posteriormente imitada por otros países latinoamericanos, aunque para distintos niveles de gobierno. Por ejemplo, Brasil fijó por ley una cuota del 20% para las elecciones municipales de 1996, después una del 25% para las legislativas de 1998 y, finalmente, un cupo del 30% para las municipales de 2000. En 1997, siguieron el mismo camino Costa Rica (cuota del 30%), Ecuador (20%), República Dominicana (25%), Venezuela (30%), Bolivia (30%), Panamá (30%) y Perú (25%), aunque este último, sólo para el ámbito municipal.”

³⁴⁵ Sustituyese el artículo 60 del Decreto N° 2135/83 del 18 de agosto de 1983, con las modificaciones introducidas por las leyes Nros. 23.247 y 23.476, por el siguiente: ‘Artículo 60...Las listas que se presenten deberán tener mujeres en un mínimo del 30 % de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas. No será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos...’

maleficio que cayó sobre las diputadas y senadoras que la promovieron. Se puede sostener que fue una ley pionera en el mundo y estuvo vigente hasta 2017, cuando se aprobó la 27.412 de Paridad de Género en ámbitos de Representación Política, por la cual las listas electorales pasaron a tener intercalados en partes iguales candidatos hombres y mujeres.³⁴⁶

La dirigente peronista y feminista Virginia Franganillo sostuvo –en la mencionada entrevista– que esta ley que impactó revolucionariamente en nuestra sociedad: “Abrió el debate sobre la condición social de las mujeres” ya que la masa crítica de diputadas y senadoras que ingresaron a partir del cupo cambiaron la agenda legislativa y permitieron la sanción de leyes fundamentales para la vida de las mujeres, las niñas y las disidencias.

Continúa afirmando que: “La articulación entre peronistas y radicales –las primeras sororas– fue clave para lograr la aprobación pero lo que gravitó para que el Gobierno del entonces presidente Carlos Menem decidiera a último momento apoyarla –y dar vuelta una votación adversa– fue la marea de mujeres –activistas de partidos políticos y organizaciones de distintos puntos del país– que rodearon el Congreso y colmaron las galerías de la Cámara de Diputados”.³⁴⁷

Por su parte, una de las senadoras que cumplía funciones en la respectiva Cámara ese año recordó al diario que: “Como no las dejaban entrar, las hacíamos pasar por el Senado, pasaban a la terraza, de ahí a la Biblioteca, hasta que llenamos todas las galerías” y contó que: “Se siente, se siente, Evita está presente”, coreaban las manifestantes”. En ese momento el porcentaje de participación femenina en el Congreso era del 5 por ciento. Casi nada. Hoy representan el 38 por ciento en la Cámara de Diputados y el 40 por ciento del Senado.³⁴⁸

³⁴⁶ Diario Página 12, 6 de noviembre de 2021, Mariana Carbajal; “A treinta años de la ley de cupo femenino en el Congreso”.

³⁴⁷ Diario Página 12, 6 de noviembre de 2021, Mariana Carbajal; “A treinta años de la ley de cupo femenino en el Congreso”.

³⁴⁸ Diario Página 12, 6 de noviembre de 2021, Mariana Carbajal; “A treinta años de la ley de cupo femenino en el Congreso”.

Como veremos luego, al repasar las exposiciones y discusiones que se desarrollaron en las ciudades de Paraná y Santa Fe durante la reforma constitucional en el año 1994, la sanción de la ley de cupo femenino posibilitó que las mujeres tuvieran una participación relevante en dicha convención constituyente y la propia experiencia de lucha para sancionar legislativamente dicha medida de acción positiva resultó determinante para constitucionalizar un modelo de igualdad alternativo y complementario al del artículo 16 de la Carta magna nacional.

2. Reforma constitucional de 1994

En la reforma constitucional de 1994 se realizaron las siguientes incorporaciones normativas supra legales, en las que se receptaron las medidas de acción afirmativas;

Directa y genérica:

- Medidas de Acción Positiva para promover la igualdad real de oportunidades y trato y el goce de derechos humanos constitucionalizados, en particular respecto de niños, las mujeres, ancianos y personas con discapacidad (Art. 75, inciso 23, primer párrafo CN).

Directas y específicas para grupos o situaciones determinadas:

- Medidas de Acción Afirmativas en favor de las mujeres en materia electoral (Art. 37 CN).
- Medidas de Acción Afirmativas en favor de los Pueblos Indígenas argentinos (Art. 75, inc. 17 CN).
- Políticas diferenciadas para equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (Art. 75, inc.19 CN).

Indirectas:

- Tratados internacionales de protección de Derechos Humanos.

Este proceso histórico de incorporación de normas internacionales de protección de derechos humanos que reconfiguraron el principio

de igualdad e incorporaron las acciones afirmativas, disparado por la sanción del nuevo artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994, ha sido acompañado por una señera jurisprudencia de nuestro máximo tribunal federal y luego seguida por los órganos judiciales inferiores, tanto nacionales como provinciales.

En general, encontramos que aspectos esenciales que jalaron la construcción doctrinaria, normativa y jurisdiccional del derecho administrativo argentino, se encuentran profundamente afectados por la incorporación mencionada y la conjunción histórica de estas áreas del conocimiento jurídico (derecho administrativo interno/ derechos humanos internacionales) requiere un abordaje minucioso que permita percibir y exponer las particularidades de un nuevo derecho administrativo impregnado por normas y principios de otra especialidad.

La reforma constitucional de 1994 introdujo diferentes disposiciones para garantizar la igualdad estructural estableciendo acciones afirmativas. Así, establece la Constitución nacional que la igualdad real de oportunidades entre hombres y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará mediante acciones positivas (Art. 37); dispone como obligación del Congreso el reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural (Art. 75, inc. 17); establece que corresponde al Congreso la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a igualar el desigual desarrollo entre las provincias y las diferentes regiones de nuestro país (Art. 75, inc. 19).

En especial en su art. 75 inc. 23 establece que corresponde “legislar y promover **medidas de acción positiva** que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta constitución y por los Tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

3. La discusión en la convención constituyente de Santa Fe/Paraná (1994)

Pasados diez años de la recuperación de la democracia en la Argentina –con la asunción en la presidencia del Dr. Raúl Ricardo Alfonsín–, se instaló en la opinión pública la necesidad de reformar la Constitución Nacional sancionada en 1853, a partir del impedimento que dicho texto preveía para la reelección del titular del Poder Ejecutivo, situación que limitaba la intención de presentarse a un nuevo mandato en la presidencia de la Nación del Dr. Carlos Saúl Menem.³⁴⁹ Existían antecedentes para una reforma constitucional con el trabajo del Consejo para la Consolidación de la Democracia que, según el propio Alfonsín, sentaron las bases de la Reforma de 1994.³⁵⁰

Como lo explican los profesores platenses Carlos Marucci y Gerardo Cires, los motivos del gobierno de Carlos Menem fueron los siguientes: “Ahora el leiv motiv de la reforma radicaba en la posibilidad por parte del presidente de obtener la reelección en el cargo y plasmar el nuevo rumbo político y económico en la Constitución Nacional. Ello motivó ante el peligro de una reforma sentada en la voluntad mayoritaria del partido gobernante, al ex presidente Alfonsín –ahora líder del radicalismo en la oposición– a negociar y consensuar los términos de la reforma. Alfonsín fundamentaría su actitud en los siguientes puntos: evitar una confrontación igual a la de 1949, ya que el radicalismo estaba dispuesto

³⁴⁹ García Lema, Alberto Manuel, *La Reforma por Dentro. La difícil construcción del consenso constitucional*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1994. Ver también: Alfonsín, Raúl, *Democracia y Consenso. A propósito de la reforma constitucional*, Corregidor, Buenos Aires, 1996; Gelli, María Angélica, “Un cuarto de siglo de la Constitución que fue de todos y para todos”, Rosatti, Horacio, “A veinticinco años de la reforma de la Constitución Nacional. Balance de un constituyente”, García Lema, Alberto Manuel, “Una reforma consensuada progresivamente. Un testimonio personal a los 25 años de la reforma constitucional; Hernández, Antonio María, “A 25 años de la reforma: incumplimiento y tareas pendientes”, los cuatro artículos en Gelli, María Angélica, *A 25 años de la Reforma Constitucional de 1994*, Thomson Reuters –La Ley–, Buenos Aires, 2019.

³⁵⁰ Alfonsín, Raúl, *Democracia y Consenso. A propósito de la reforma constitucional*, Corregidor, Buenos Aires, 1996.

a insistir como fuese con la reforma, y a cambiar el proyecto que había presentado el justicialismo. El radicalismo pretendía atenuar el sistema presidencialista, incorporar mecanismos de democracia semi-directa y autonomía para la Ciudad de Buenos Aires, entre otros puntos.”³⁵¹

El proceso de la reforma constitucional se inició en el Congreso de la Nación mediante la sanción de la ley 24.309 declarando la necesidad de la reforma constitucional³⁵². Como lo explicó el Convencional Eduardo Menem, esa ley fue aprobada por los 2/3 de los votos de la totalidad de los miembros de cada Cámara, terminando con la vieja discusión acerca de si esa mayoría calificada se computaba sobre los miembros presentes, como se hizo con las leyes que habilitaron las reformas de 1866 y 1949, o si sobre la totalidad de los integrantes de las Cámaras como ocurrió con la ley 24.309, sentando un valioso precedente al respecto. En su valoración personal –quien fuera presidente de la Convención Constituyente de 1994– dijo: “La Convención Nacional Constituyente de 1994 cumplió acabadamente con los propósitos perseguidos por la ley 24.309, funcionando con legitimidad y democracia ejemplares, y sancionó una Constitución moderna que acentuó los principios de nuestra forma de gobierno representativa, republicana y federal, asegurando el sistema de división y equilibrio de los Poderes del Estado y no sólo consagró la más amplia gama de derechos humanos sino que además estatuyó las garantías indispensables para su protección.”³⁵³

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 8 de la ley 24.309, el Poder Ejecutivo convocó al pueblo de la Nación a elegir convencionales constituyentes, estableciendo en el artículo 9 que cada provincia y la Capital Federal elegirán un número de convencionales constituyentes igual al total de legisladores que envían al Congreso de la Nación, es

³⁵¹ Marucci, Carlos y Cires Gerardo: *Historia Constitucional. Reformas constitucionales argentinas desde 1860 a 1994*, Editorial Errerius, Buenos Aires, 2022.

³⁵² García Lema, Alberto Manuel, *La Reforma por Dentro. La difícil construcción del consenso constitucional*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1994.

³⁵³ Menem, Eduardo, Clase Magistral Convención Nacional Constituyente de 1994: La más legítima y democrática. Organización y Desarrollo, Revista Pensar Jusbaires, 29/12/2020, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Consejo de la Magistratura.

decir la suma de senadores y diputados que representan a cada distrito electoral. Por su parte el artículo 10 dispuso que los convencionales serán elegidos por voto directo, aplicándose el sistema proporcional D'Hont para la distribución entre los partidos participantes y la ley electoral vigente para la elección de diputados nacionales.³⁵⁴

Las elecciones se realizaron el 10 de abril de 1994 y participaron 35 partidos políticos, 22 con personería nacional y 13 con personería distrital. De acuerdo al número de votos obtenidos, se adjudicó a los partidos el siguiente número de convencionales: Justicialista 137; Unión Cívica Radical 70; Frente Grande 31; Movimiento por la Dignidad y la Independencia 21; Fuerza Republicana 7; Demócrata Progresista 3; Unión del Centro Democrático 3; Pacto Autonomista Liberal 5; Frente Cívico y Social de Catamarca 4; Demócrata de Mendoza 3; Renovador de Salta 3; Cruzada Renovadora 3; Movimiento Popular Fueguino 3; Alianza Unidad Socialista 3; Movimiento Popular Jujeno 2; Bloquista 1; Alianza del Centro Democrático 1; Acción Chaqueña 2; Movimiento Popular Neuquino 2.³⁵⁵

De ese modo la Convención Nacional Constituyente se integró con 305 convencionales que conformaron 19 bloques políticos, por lo que puede afirmarse que estuvo representado todo el espectro político del país, confiriéndole a esta magna asamblea un pluralismo sin antecedentes en nuestra historia constitucional y reafirmando su carácter democrático.

Debe también destacarse que en virtud a la utilización de la ley de cupo femenino –24.012– en el proceso de elección de convencionales, en cuanto a la integración democrática de la asamblea constituyente, la participación de mujeres llegó al número de 80, mientras que sólo

³⁵⁴ Menem, Eduardo, Clase Magistral Convención Nacional Constituyente de 1994: La más legítima y democrática. Organización y Desarrollo, Revista Pensar Jusbairens, 29/12/2020, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Consejo de la Magistratura.

³⁵⁵ Revista Pensar Jusbairens, N° 2, noviembre de 2014, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Consejo de la Magistratura, Suplemento especial: La Constituyente de 1994 y los Derechos Humanos. Los mejores discursos de la Convención, p. 70, cuadro “Composición de la Convención Constituyente”.

hubo 4 mujeres en la Convención reformadora de 1957 y ninguna en las anteriores.³⁵⁶

Inauguradas las sesiones se eligieron las autoridades³⁵⁷ y el trabajo de la Convención se organizó en 11 comisiones³⁵⁸ y se estableció la organización por bloques partidarios³⁵⁹.

³⁵⁶ Menem, Eduardo, Clase Magistral Convención Nacional Constituyente de 1994: La más legítima y democrática. Organización y Desarrollo, Revista Pensar Jusbaire, 29/12/2020, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Consejo de la Magistratura.

³⁵⁷ Menem, Eduardo, Clase Magistral Convención Nacional Constituyente de 1994: La más legítima y democrática. Organización y Desarrollo, Revista Pensar Jusbaire, 29/12/2020, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Consejo de la Magistratura. Dijo al respecto: “En la sesión inaugural de la Convención se procedió a elegir la mesa de autoridades que quedó constituida de la siguiente forma: Presidente: Eduardo Menem (PJ); Vicepresidente Alberto Pierri (PJ); Vicepresidente 1° Ramón Mestre (UCR); Vicepresidente 2° Fernando Solanas (Frente Grande); Vicepresidente 3°: Roberto Echenique (Modin); Vicepresidente 4° María C. Guzmán (Movimiento Popular Jujeno). El Vicepresidente 2° Fernando Solanas renunció a su cargo en la sesión del 9 de junio, en desacuerdo con la forma de votación del Núcleo de Coincidencias Básicas.”

³⁵⁸ Menem, Eduardo, Clase Magistral Convención Nacional Constituyente de 1994: La más legítima y democrática. Organización y Desarrollo, Revista Pensar Jusbaire, 29/12/2020, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Consejo de la Magistratura. Dijo al respecto: “Como es de costumbre en las asambleas legislativas la Convención creó 11 Comisiones de trabajo: 1) Redacción; 2) Coincidencias Básicas; 3) Competencia Federal; 4) Régimen Federal y Autonomía Municipal; 5) Nuevos Derechos y Garantías; 6) Sistemas de Control; 7) Participación Democrática; 8) Integración y Tratados Internacionales; 9) Peticiones, Poderes y Reglamento; 10) Hacienda y Administración; 11) Labor Parlamentaria.

Las Comisiones indicadas entre los números 1 a 8 se formaron con 50 miembros y la consignada en el número 9 con 24 miembros, mientras que la de Labor Parlamentaria con los Presidentes de bloques, es decir con 19 miembros más el Presidente de la Convención. En cuanto a la integración de las Comisiones se hizo en proporción a la cantidad de miembros de cada bloque mientras que sus respectivas competencias estaban relacionadas con los temas autorizados a reformar por la ley 24.309 y especificadas en los artículos 42 a 52 del Reglamento.”

³⁵⁹ Menem, Eduardo, Clase Magistral Convención Nacional Constituyente de 1994: La más legítima y democrática. Organización y Desarrollo, Revista Pensar Jusbaire, 29/12/2020, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Consejo de la Magistratura. Dijo al respecto: “A diferencia de lo que disponen los reglamentos de las Cámaras del Congreso de la Nación, en el Reglamento de la CNC exigió que

Durante la Convención Constituyente que sesionó en el año 1994 en las ciudades de Santa Fe y Paraná³⁶⁰, las medidas de acción positiva –en especial su regulación genérica (Art. 75, inc. 23)– fueron trabajadas y discutidas por la **Comisión de Integración y Tratados Internacionales** durante la 22° reunión, 3er sesión ordinaria (2 de agosto de 1994); la 23° reunión 3er sesión ordinaria –continuación– (3 de

los bloques representen partidos, alianzas o frentes que hubieren concurrido a la elección del 10 de abril de 1994, es decir en la que se eligieron los convencionales. A tales fines y para su individualización dispuso que el Presidente confeccionara una lista de todos los partidos políticos que se presentaron a dichas elecciones, y que por cierto hubieran obtenido convencionales, no admitiéndose la constitución de bloques que no coincidieran con la citada individualización (artículo 32). Esta exigencia tuvo el sano propósito, que fue alcanzado, de evitar la proliferación de bloques como lamentablemente ocurre en las Cámaras del Congreso de la Nación. La única excepción a este principio fue el caso del convencional por Santa Fe, Iván Cullen, que fuera electo por el partido de la Unión del Centro Democrático y que fuera autorizado, con la anuencia del bloque de dicho partido, a actuar con un bloque independiente.”

³⁶⁰ Menem, Eduardo, Clase Magistral Convención Nacional Constituyente de 1994: La más legítima y democrática. Organización y Desarrollo, Revista Pensar Jusbairens, 29/12/2020, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Consejo de la Magistratura. Dijo al respecto: “En razón de que la ley 24.309 había establecido en su artículo 12 que la Convención funcionaría en las ciudades de Santa Fe y Paraná sin mayores precisiones, lo que podría generar algún tipo de problema en su desarrollo, toda vez que no existían antecedentes de que se dispusiera el desarrollo de una Convención en dos capitales de distintas Provincias, antes de su inicio y frente a la posibilidad concreta de ser elegido Presidente de la Convención, invité a La Rioja a los gobernadores de Santa Fe Carlos Reuteman y de Entre Ríos Mario Moine para lograr un acuerdo que debía someterse a la aprobación de la Convención, en el que se convino lo siguiente: el acto de inauguración y apertura de la Convención, las sesiones especiales y la de clausura se realizarían en la ciudad de Paraná, para lo cual el Gobierno de Entre Ríos puso a disposición el Teatro 3 de febrero; las sesiones plenarias tendrían lugar en las instalaciones la Universidad del Litoral, donde también se funcionarían la mesa de autoridades y las secretarías. Las Comisiones de trabajo tendrían sus sedes en los lugares que fijara la Convención, procurando que se repartieran equitativamente entre Santa Fe y Paraná. Asimismo, se dispuso que la ceremonia de juramento de la Constitución reformada, tanto de los convencionales como de los titulares de los poderes nacionales, tuviera lugar en el Palacio San José ubicado en Concepción del Uruguay, Provincia de Entre Ríos.”

agosto de 1994) y 34º reunión, 3er sesión ordinaria –continuación– (19 de agosto de 1994).³⁶¹

Los temas que abordó dicha comisión fueron; la jerarquía de los tratados en nuestro ordenamiento jurídico, la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a nuestra Constitución (actual art. 75. Inc. 22 CN), las medidas de acción positiva (actual art. 75. Inc. 23 CN) y los tratados de integración (actual art. 75. Inc. 24 CN).

Por su parte, el actual artículo 37 de la Constitución Nacional sobre las acciones positivas respecto de las mujeres en el ámbito político se discutió en la 32ª Reunión -3ª Sesión Ordinaria (continuación) del 17 de agosto de 1994 y en la 33ª reunión -3ª Sesión Ordinaria (continuación) del 18 de agosto de 1994.

A continuación, voy a desarrollar, en primer lugar, una descripción –lo más completa posible– de las intervenciones referidas al actual inciso 23 del artículo 75 del texto constitucional. Luego haré lo mismo respecto de los aportes de los convencionales constituyentes sobre las medidas de acción positivas establecidas en el actual artículo 37 de la Constitución Nacional. Mi intención es reflejar el nivel de discusión de la Convención Constituyente respecto de las medidas de acción positiva que se incorporaron expresamente en ambos artículos de dicha carta magna, tratando de identificar las motivaciones de dicha incorporación, los actores decisivos en dicha tarea, la conceptualización que tenían de las acciones afirmativas, los antecedentes históricos y normativos –tanto nacionales como extranjeros– que tuvieron en cuenta, y en especial, la mirada que tenían sobre el impacto de estas incorporaciones sobre la regulación tradicional del principio de igualdad en la Constitución.

³⁶¹ Para un abordaje del trabajo de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales que aprobó el actual artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, ver: Tachella, Andrea, Capítulo 7, “El debate por la incorporación de los Tratados internacionales de Derechos Humanos en la Convención Constituyente de 1994”, pág. 54 y sgtes. del Libro Democracia y Dictadura. Aproximación histórico-constitucional y política en perspectiva de derechos humanos, de Ramón Torres Molina y María Verónica Piccone, EDULP, La Plata, 2017.

3.1. 22° reunión, 3er sesión ordinaria. 2 de agosto de 1994.

El primer párrafo del artículo 75, inciso 23 de la CN

El primer día de sesiones en que se abordaron las medidas de acción positiva fue el 2 de agosto de 1994 en las 22 sesiones de la Convención Constituyente.

La defensa del despacho de mayoría estuvo a cargo de dos miembros informantes, el convencional **Juan Pablo Caferio**³⁶² y el convencional **Rodolfo Carlos Barra**³⁶³. También fueron apoyados por los/as Convencionales: **Alicia Oliveira**³⁶⁴ (Bloque Frente Grande), **Jorge Da-**

³⁶² Acta de Sesiones; Intervención del Convencional Juan Pablo Caferio: “También incorporamos un inciso vinculado con las acciones positivas. No lo hacemos por un reclamo sectorial sino por la necesidad de reconocer que en nuestra sociedad hay sectores que viven postergados aun frente a la igualdad jurídica. Falta conectar esa igualdad jurídica con la igualdad real para dejar de lado definitivamente la discriminación y la desigualdad. Hemos elegido a aquellos sectores que están protagonizando una verdadera lucha y que necesitan que esta Convención se sume a su lucha y los incorpore en las acciones cuyo dictado es responsabilidad del Estado. Además de la Convención de los Derechos del Niño y de la Convención contra la Discriminación de la Mujer, hemos incorporado a las figuras del niño y de la mujer. También hemos incorporado a las personas de la tercera edad, a nuestros ancianos, porque son un eslabón débil y una deuda pendiente de nuestra sociedad, razón por la cual le exigimos al Estado la adopción de acciones positivas en la materia. Asimismo, hemos incorporado a los discapacitados, que están muy olvidados en nuestra realidad. Consideramos que podemos hacer mucho por ellos para convertirlos en sujetos del derecho constitucional. Por todas estas razones resulta tan importante incorporar las acciones positivas, como lo han hecho muchas constituciones provinciales.” (p. 2833).

³⁶³ Acta de Sesiones; Intervención del Convencional Rodolfo Carlos Barra: “Quiero señalar que nosotros, los convencionales constituyentes, nos preocupamos especialmente por la mujer y por el niño. Así, estamos incorporando dos convenciones vinculadas con ambas cuestiones y además –como bien lo señalara el señor convencional preopinante– medidas de acción positiva en beneficio de la mujer y el niño.”

³⁶⁴ Acta de Sesiones (22), intervención de la Convencional Alicia Oliveira: “Será muy importante que la norma constitucional establezca que condenará toda propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas y teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio y la discriminación racial, cualquiera sea su forma. Y finalmente deberemos ejecutar medidas de acción positiva para asegurar la igualdad y los derechos fundamentales de aquellos grupos diferenciados aun en nuestra sociedad.” (p. 2861).

niel Amena³⁶⁵ (Tierra del Fuego), **Guillermo Estévez Boero**³⁶⁶ (Santa Fe), **Cesar Arias**³⁶⁷ (Buenos Aires); entre otros.

Los despachos de minorías fueron informados por los Convencionales **Hilario Raúl Muruzabal** (Dictamen de minoría del MODIN); **Luis Iriarte** (Dictamen de minoría del Bloque Fuerza Republicana); **Ana María Pando** (Convencional por Corrientes);

³⁶⁵ Acta de Sesiones (22), intervención del Convencional Jorge Daniel Amena. Allí dijo: “Voy a votar por la afirmativa el dictamen de mayoría por razones principistas, señor presidente y señores convencionales, y también por razones jurídicas, porque se encuentra incorporado en los tratados internacionales en el artículo 24 de mi Constitución, por la que juré y a la que me comprometí respetar y hacer respetar. También lo voy a hacer –por qué no– como expresión de sentimientos muy profundos que generan, con toda seguridad, profunda emotividad. No voy a hacer referencias doctrinarias ni citas jurisprudenciales. Voy a citar el silencio de los inocentes de toda edad, sexo, profesión o religión, que fueron víctimas de la intolerancia de los autócratas y de los mesiánicos.” (p. 2912).

³⁶⁶ Acta de Sesiones (22), intervención del Convencional Guillermo Estévez Boero (p. 2914). Allí sostuvo: “Por eso, me agrada poder coincidir alguna vez con la señora constituyente coetánea Martino de Rubeo en su defensa de la especificación. Aquí no se ha señalado que esto se trata de algo revolucionario, porque vamos a incorporar en esta enunciación a las personas discapacitadas. Quizá parezca un agregado vacío para quien no tiene el problema; pero para un padre, un familiar o un amigo que tiene cerca a una persona con un problema de discapacidad resultará un agregado bendito. Como consecuencia de este inciso y de tantas otras cosas, pensarán que en esta Convención entró en la gente. Por eso, pedíamos la incorporación de los jóvenes, que son los que pagan los platos rotos de un país que le dejamos en quiebra, de una comunidad que le dejamos sin valores, y del hecho de que los arrojamos al abandono y a la droga y de que a veces pensamos que incrementando la penalidad resolvemos el problema, con lo cual nos podemos ir a dormir. Entiendo que es necesario incorporar la palabra “jóvenes” en las enunciaciones que aquí se han hecho y que tienen un gran significado, porque todas no son igual a nada. Digo esto porque esta enunciación de cláusulas declarativas obliga jurídicamente a no poder trabajar en contra de ellas. No tendrá la fuerza imperativa de otras modificaciones que figuran en este dictamen, pero la simple incorporación de una norma declarativa le da la posibilidad a esa expectativa hacia adelante de evitar cualquier norma restrictiva. No es una concreción hacia adelante, pero es un límite hacia atrás, que es importante y que técnicamente se logra –de acuerdo con nuestro criterio– con estas incorporaciones.” (p. 2917).

³⁶⁷ Acta de Sesiones (22), intervención del Convencional Cesar Arias (p. 2920).

Luis Iriarte (Fuerza Republicana) propuso una incorporación al inciso de las medidas de acción positiva vinculado con el reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción.³⁶⁸

Los mayores debates y argumentos rondaron sobre la incorporación de tratados internacionales de protección de derechos humanos a nuestro bloque de constitucionalidad, y en algunos pasajes de los discursos y documentos fueron dedicados unos minutos y párrafos a las medidas de acción positiva y al principio de igualdad. En sus distintas posiciones, por ejemplo, en la discutida cuestión del aborto y el momento en que se inicia la vida, los convencionales expusieron –explícita o implícitamente– sus visiones ideológicas, filosóficas y políticas sobre las que sostienen su concepción del derecho y del rol que tiene nuestra constitución para estructurar nuestro ordenamiento jurídico.

Veamos aquellas intervenciones que abordaron la incorporación de las medidas de acción positiva y el principio de igualdad en nuestra Constitución nacional en proceso de reforma;

Alicia Oliveira (FREPASO) sostuvo que: “deberemos ejecutar medidas de acción positiva para asegurar la igualdad y los derechos fundamentales de aquellos grupos diferenciados aún en nuestra sociedad”.³⁶⁹

Argumentos en contra del proyecto de reforma expusieron la convencional **Teresa Camila Peltier** (Partido Demócrata de Mendoza), quien sostuvo en la reunión 22 que: “Otro tema que nos preocupa mu-

³⁶⁸ A continuación, pasaré a analizar el nuevo inciso del artículo 67. Quiero expresar con profundo respeto –yo diría, con solemnidad y humildad; sin ninguna intención de herir susceptibilidades– que los redactores del nuevo inciso omitieron un aspecto sustancial que deriva, justamente, de uno de los tratados sobre derechos humanos que se quiere constitucionalizar. El nuevo texto dice: “Legislar sobre medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes, respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.” Formulo un llamado especial: que incluya en este inciso la expresión “y la vida humana desde su concepción”. El Pacto de San José de Costa Rica que se quiere constitucionalizar, protege la vida humana desde la concepción. Lo pido con absoluta humildad, señor presidente. (22 reunión, p. 2851).

³⁶⁹ Acta de Sesiones (22), intervención de la Convencional

cho es el nuevo inciso del artículo 67, referido a las medidas de acción positiva sobre los derechos humanos. No lo hemos contemplado en nuestro dictamen ya que nos basamos en el artículo 33 de la Constitución, referido a los derechos no enumerados. Con esa referencia solucionamos el conflicto de la acción positiva o la efectividad inmediata”.³⁷⁰

El convencional Álvaro Alsogaray (UCEDE), se opuso en su intervención a la incorporación de medidas de acción positiva y al concepto de igualdad que presupone. Dijo: “El nuevo inciso del artículo 67 dice: “Legislar sobre medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato...”. En este caso proponemos la supresión de la palabra “oportunidades”. Por más que sea una aspiración, la igualdad de oportunidades es algo irrealizable. En la vida humana, las oportunidades son distintas, y no hay por qué pedirle a una Constitución que garantice la igualdad de oportunidades. Sí debe garantizar la igualdad ante la ley y la de trato. Más adelante, el texto agrega algo que parece un parche. Dice así: “...y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes, respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.” Me siento excluido porque no reúno ninguna de estas condiciones. (*Risas*) Tal vez pueda estarlo por mi edad. Pero no creo que quienes redactaron este artículo tuvieron la intención de pensar en mí. ¿Por qué incluir estos derechos específicos en los tratados internacionales si éstos deben alcanzar a todo el mundo?”.³⁷¹

El convencional por Córdoba, **Roberto Julio Cornet** (UCEDE), si bien no se refirió expresamente a la incorporación del nuevo inciso al artículo 67, al hacer referencia a la incorporación de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, se refirió a la lucha contra la discriminación de la mujer en uno de los tratados incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por la Convención Constituyente. Dijo: “Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de

³⁷⁰ Acta de Sesiones (22), intervención de la Convencional

³⁷¹ Acta de Sesiones (22), intervención de la Convencional Álvaro Alsogaray, p.2883.

Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer dice: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. Estamos en presencia de un original “Mengele sociológico” destinado a “modificar los patrones socioculturales de conducta”. Los valores, usos y costumbres son modificados por las propias sociedades a lo largo de grandes períodos de tiempo, al margen de los deseos, imaginarios o no, de los burócratas y legisladores. Hitler y Stalin asesinaron en conjunto a dieciséis millones de personas en aras de extirpar los patrones de conductas erróneos que atribuían a sus víctimas.”³⁷²

En la siguiente Sesión 23, la Convencional Lipszyc por Capital Federal respondió –como lo veremos en su oportunidad– a la referencia de Cornet a Mengele.³⁷³

El convencional por el Chaco, **Ernesto Joaquín Maeder** (Acción Chaqueña) sostuvo: “El segundo punto al que me quiero referir se vincula al inciso nuevo del artículo 67, que de acuerdo con el despacho de la mayoría expresa lo siguiente: “Legislar sobre medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes, respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”. Sobre este punto la enumeración me parece inconveniente y, además, innecesaria. ¿Por qué digo esto? Por dos razones. En primer lugar, porque cuando la comisión revisora de la Constitución federal reunida en Buenos Aires en 1860 analizó este tema y puso perfectamente en claro las limitaciones que existían en el lenguaje para la enu-

³⁷² Acta de Sesiones (22), intervención de la Convencional Roberto Julio Cornet, p.2889.

³⁷³ Ver pág...

meración de los derechos. Además, hizo expresa mención de que en el artículo 33 estaban implícitos todos aquellos derechos que, de alguna manera, podían afectar a la persona en cualquier situación. Esto fue expresado de una forma concreta y clara en el despacho de la comisión, cuyo texto tengo a mano pero que me parece innecesario reproducir en esta oportunidad. Existe un segundo argumento que, aparte de la cuestión histórica, eventualmente puede ser considerado o no pero que es suficientemente representativo.”³⁷⁴

Agregó: “Hace unos instantes el señor convencional Alsogaray señaló que de algún modo él se veía afectado porque entre los derechos no se enumeraban los de una persona de su edad. Al respecto quiero señalar que me he tomado el trabajo de analizar el censo de 1991, donde pude observar que las mujeres, de cualquier edad, que están amparadas por los derechos, representan el 52 por ciento de la población. Los niños varones –entendiendo por tales los de 0 a 18 años, tal como establece la cláusula de reserva que la Argentina ha hecho en los tratados vinculados con los niños–, involucran al 18,5 por ciento de la población del país. En cuanto a los ancianos varones se incluyen –esto puede ser tomado de una manera más o menos relativa– a los mayores de 64 años, que conforman el 2,5 por ciento de la población del país. Si sumo todos estos ítems –mujeres, niños varones y ancianos varones– la cifra asciende a un porcentaje que varía entre el 72 y el 73 por ciento de la población del país. Y no incluyo a los discapacitados de cualquier tipo, porque el censo no ha hecho el relevamiento de las personas que se encuentran en esa circunstancia. En consecuencia, me pregunto –y pregunto a la comisión– si es posible que solamente queden desamparados, desde el punto de vista de la mención expresa en el texto constitucional, los hombres de 19 a 63 años, que constituyen, aproximadamente, un 27 por ciento de la población del país. ¿Qué significaría esto? ¿Que los hombres de 19 a 63 años tendríamos que emprender un movimiento

³⁷⁴ Acta de Sesiones (22), intervención del Convencional Ernesto Joaquín Maeder, p. 2901 y sgtes.

de reivindicación para que también se nos incluya en la Constitución Nacional para tener el ciento por ciento de los derechos de las personas incluidos en una enumeración que es inútil, innecesaria e ineficaz?”³⁷⁵

En el desarrollo del debate ocurrido en la convención constituyente aquel 2 de agosto de 1994, las intervenciones de Alsogaray y Maeder fueron respondidas por los convencionales Martino de Rubeo y Pardo³⁷⁶.

La convencional por Santa Fe **Marta Martino de Rubeo** (PJ) solicitó una interrupción al convencional Maeder y dijo: “No puede desconocer el señor convencional preopinante, cuando habla de los derechos que corresponden a las mujeres, que representamos el 52 por ciento de la población del país, que tenemos una larga trayectoria de discriminaciones, ya que desde 1853 se estableció en la Constitución que todos los hombres eran iguales ante la ley, pero nosotras debimos esperar la sanción de una ley especial en 1947 para que se nos reconociera el derecho de votar. Me parece que a esta altura es imposible que alguien con seriedad, y en conocimiento de la realidad, pueda sostener que tendríamos que establecer derechos para los jóvenes que representan el 28 por ciento de la población. En este país, al igual que en el mundo entero, los hombres han tenido –y siguen teniendo– el reconocimiento del ciento por ciento de los derechos. Esto no lo podemos negar. Constituye un absurdo que volvamos a decir cosas que ya tenemos reconocidas. No quiero interrumpir demasiado al señor convencional que estaba hablando, pero le solicito a los señores convencionales que me escuchen

³⁷⁵ Acta de Sesiones (22), intervención del Convencional Ernesto Joaquín Maeder, p. 2901 y sgtes.

³⁷⁶ Acta de Sesiones (22), intervención de la Convencional Ángel Francisco Pardo (Corrientes), sostuvo: “Sólo pueden decir que el inciso 19) del artículo 67 es una venta de ilusiones aquellos que no han estado en el ghetto de Varsovia o en Auschwitz, cuando se está reprimiendo el genocidio; o no haya sido negro en Estados Unidos, cuando se condena la discriminación racial, o no haya sido preso político del proceso militar de 1976, cuando se condena la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Sólo pueden hablar de una venta de ilusiones quienes se olvidan de los fusilamientos de José León Suarez, de la cárcel de Caseros o de las muertes de Valle, Cogorno e Ibazetta. (Aplausos) ¡Cuántos peronistas dieron su vida para que ustedes estén ahora sentados en estas bancas de la democracia!” (p 2907).

cuando haga uso de la palabra, porque voy a citar textos y vamos a tener que reconocer –y reconocer con vergüenza– que es necesario incluir las acciones positivas en la Constitución. Tenemos que avanzar mucho más. Incluso, cuando tratemos el régimen electoral, vamos a tener que establecer acciones positivas para que las mujeres tengamos posibilidad de estar incluidas en las listas de candidatos a puestos electivos. De lo contrario, esto va a seguir formando parte de una larga historia de discriminaciones, como ha ocurrido hasta ahora. No podemos seguir escondiendo la cabeza como el avestruz.”³⁷⁷

Se destaca también la intervención del Convencional por Santa Fe, **Víctor Roberto Repetto** (MODIN), quien realizó una fundamentación referida a la necesidad de protección constitucional del grupo de los ancianos³⁷⁸, proponiendo una reforma del nuevo inciso del artículo 67 expresada en el siguiente texto a incorporar: “Legislar y promover con criterio federal políticas de acción positiva”. Amplió el convencional santafecino en su intervención: “Ese artículo comienza planteando legislar sobre medidas de acción positiva. Ruego a los señores miembros de la Comisión de Redacción presentes que tomen nota. En cuanto a ese concepto, entiendo que recorta una amplia gama de respuestas, planes y programas que se deben señalar en esta reforma constitucional como necesaria para ser dirigida hacia los grupos mencionados que no necesariamente incluyen una jurisprudencia específica al respecto. En el caso de la vejez me refiero puntualmente a la Declaración de los Derechos de la Ancianidad presentada por nuestro país en 1948 ante la Asamblea Ge-

³⁷⁷ Acta de Sesiones (22), intervención de la Convencional Marta Martino de Rubeo, p. 2906.

³⁷⁸ Acta de Sesiones (22), intervención de la Convencional Víctor Roberto Repetto. Dijo: “Mi preocupación fundamental, a la que voy a referirme puntualmente, es respecto de aquellos grupos más discriminados, postergados y constantemente en inferioridad de condiciones sociales respecto del hombre productivo, que ha modelado la sociedad en función de sus necesidades y posibilidades. Entonces corresponde que nos preguntemos en qué condiciones quedan los grupos que no gozan de aquellas particularidades etarias y laborales, como son los niños, las mujeres y los ancianos... para los ancianos se debe promover un perfil de vejez autónoma, activa e integrada al medio social. Lo mismo sucede con las personas con discapacidad (p. 2913).

neral de las Naciones Unidas. Este proyecto es el que a su vez un año después pasa a incorporarse a la Constitución de 1949 como “Los derechos de la ancianidad”, entre los cuales se citan los derechos a la asistencia, a la vivienda, a la alimentación, al vestido, al cuidado de la salud física, al cuidado de la salud moral, al esparcimiento, al trabajo, a la tranquilidad y, fundamentalmente, al respeto. Me refiero también al informe de la Comisión Laroque, que en 1961 funda en Francia las bases de la gerontología moderna, fundamento para las políticas dirigidas a las personas mayores de todo el mundo. También quiero hacer mención al Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento, llevado a cabo en Viena en 1982, que plantea las líneas de acción esenciales para lograr el bienestar de nuestros mayores. Corresponde también citar al respecto a la Conferencia Latinoamericana y del Caribe de Gerontología, llevada a cabo en Bogotá en 1986, organizada conjuntamente por las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud con idéntico objetivo. Todos estos planes y programas citados, imprescindibles a tener en cuenta en el diseño de toda política gerontológica, no son leyes sino postulados científicos, ejes de toda acción gerontológica, por lo que considero que deben ser tenidos en cuenta en el nuevo inciso citado anteriormente.”³⁷⁹

Repetto explica su propuesta de reemplazar la palabra “medida” por “política” de acción positiva. Allí dijo; “En lo que respecta a la sustitución en la redacción propuesta para el nuevo inciso del concepto de “medida” por el de “políticas de acción positiva”, ello se debe a que el segundo concepto incluye al primero y lo hace en un todo homogéneo, teniendo en cuenta no sólo las acciones sino también la articulación de las mismas entre sí en forma complementaria, a fin de optimizar los recursos en función del objetivo propuesto. De esta manera se evitan las anacrónicas e inoperantes respuestas parche, lo que podría llevar a posibles medidas no coordinadas, algo que no ocurre en el marco de una política planificada.”³⁸⁰

³⁷⁹ Acta de Sesiones (22), intervención del Convencional Víctor Roberto Repetto, p. 2913.

³⁸⁰ Acta de Sesiones (22), intervención del Convencional Víctor Roberto Repetto, p. 2914.

Por su parte **María Teresita Colombo** (UCR), Convencional por Catamarca, realizó una crítica respecto de la equiparación de las mujeres, con niños/as, personas con discapacidad y ancianos. Manifestó en esa oportunidad que: “No quiero que mis palabras se interpreten como una falta de amor al prójimo, pero considero que los niños, por su inmadurez psíquica y física, los discapacitados por su situación de discapacidad, y los ancianos, que por estar en una etapa biológica natural no tienen el pleno ejercicio de sus aptitudes y facultades, no están en la misma condición que las mujeres. Entiendo que la redacción que se propone de algún modo implicaría aceptar una situación de inferioridad que no es justa respecto de la mujer. Más que un informe lo que estoy expresando es una inquietud que formulo a los integrantes de la comisión que elaboró el dictamen a efectos de que traten de aclarar por qué a las mujeres nos han ubicado –trato de tener mucho cuidado con el término a utilizar– en esta categorización junto a los niños, los ancianos y los discapacitados. Lo hago –reitero– sin querer que mis palabras se interpreten como una falta de caridad o de amor al prójimo puesto que nada está más alejado de mis verdaderos sentimientos. Simplemente se trata de algo que no considero justo.”³⁸¹

En la sesión 23, del día siguiente, Colombo intervino ratificando sus críticas en la discusión en particular del nuevo inciso sobre medidas de acción positivas e ingresando a la relación de esta herramienta con el principio de igualdad. Agregó: “Una mujer me decía en este recinto que consideraba que nuestras posibilidades de igualdad ante la ley estaban mejor garantizadas con el artículo 16 que con este nuevo inciso propuesto. Se pone tanto énfasis en luchar por la igualdad de la mujer –a la que adhiero porque me parece totalmente justo; la discriminación existió y lamentablemente sigue existiendo– que temo se vea a las mujeres como una corporación femenina o una especie de grupo de presión que olvida que la más injusta y cruel discriminación es la que

³⁸¹ Acta de Sesiones (22), intervención de la Convencional María Teresita Colombo, p. 2922.

sufren millones de seres en todo el mundo que padecen la injusticia del hambre, la pobreza y la violencia”³⁸².

El cierre de la jornada de la 22 sesión de la Convención estuvo a cargo de la Convencional **Marta Martino de Rubeo** (PJ) que desarrolló la discriminación de la mujer, como pauta cultural, aún presente en los momentos en que los constituyentes discutían la reforma en el año 1994. Inició su intervención de la siguiente forma; “Observe, señor presidente, qué interesante es este tema de las pautas culturales, porque creo que no compete sólo a los hombres, sino también a nosotras. Aquí tengo una obra de Eva Fidges, que habla de actitudes patriarcales. Cita a Levi Strauss y dice que los hombres no actúan en cuanto miembros de un grupo, de acuerdo con lo que cada uno de ellos sienta como individuo. Cada hombre siente en función de la manera en que le está permitido o en que se ve obligado a actuar. Las costumbres vienen dadas como normas externas antes de originar sentimientos internos. Y estas normas no interiorizadas determinan tanto los sentimientos de los individuos, como las circunstancias en que deben o pueden ser manifestados... Ciertamente no creo que estas cosas pasen por casualidad. Ellas muestran la necesidad de modificar pensamientos, costumbres y pautas culturales e incorporar aportes de la historia.”³⁸³

Agregó que: “Como decía anteriormente, no podemos jugar más al avestruz ni hacer un discurso en cuya superficie aparezca el reconocimiento y la necesidad de la igualdad real de posibilidades de las mujeres y de pronto nos encontremos con que en algo tan simple como que respecto a una norma que ya es ley, que ha sido ratificada y que habla simplemente de las acciones positivas respecto de las mujeres, no tenga rango constitucional. Un querido señor convencional de mi bancada, a quien respeto y no voy a nombrar, me decía que no podemos incorporar en los sistemas electorales la cuestión de las acciones

³⁸² Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional María Teresita Colombo, p.3074.

³⁸³ Acta de Sesiones (22), intervención de la Convencional Marta Martina de Rubeo, p. 2946.

positivas porque sería redundante. Considero que la única redundancia que tiene la sociedad es la discriminación. Eso sí es redundante. Es la única redundancia que tenemos que corregir.”³⁸⁴

3.2. 23° Reunión -3° Sesión Ordinaria (Continuación).

3 de agosto de 1994. El primer párrafo del artículo 75,

inciso 23 de la CN

Las sesiones continuaron al día siguiente –3 de agosto de 1994–, reunión en la que también se dio tratamiento a la temática aquí en estudio, correspondiendo destacar que en dicha ocasión estuvieron presentes en la Convención Constituyente los integrantes de una delegación del Comité por la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas.³⁸⁵

La primera convencional que se manifestara en esa reunión sobre las medidas de acción positiva fue la representante de la Provincia de Buenos Aires, **Nilda Romero** (UCR), quien sostuvo: “permítaseme hacer solamente algunas reflexiones sobre parte del tema en tratamiento; me refiero a la incorporación al artículo 67 de un nuevo inciso, el de la norma referida a la legislación sobre medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real –palabra ésta que me gustaría que estuviera en el dictamen final, tal como lo acordamos en la comisión– de oportunidades y de trato para la mujer en el ámbito político, en el que la Unión Cívica Radical fue pionera. Y fue así, porque la ex senadora Margarita Malharro de Torres fue quien impulsó la ley que permitió la incorporación a la Cámara de Diputados de la Nación y también a esta Convención Constituyente, de un 30 por ciento de mujeres que, aunque sólo marca un piso, hasta el momento de la sanción de esa ley no había sido logrado, a pesar del tiempo transcurrido desde que otra mujer, Eva

³⁸⁴ Acta de Sesiones (22), intervención de la Convencional Marta Martina de Rubeo, p. 2947.

³⁸⁵ La delegación estuvo encabezada por su señora presidenta, Ivanka Corte (Italia); su vicepresidenta, Evangelina García Prince (Venezuela) y Liliana Gurdulich de Correa (Argentina).

Perón, le dio el marco legal al voto femenino, un derecho que venía siendo impulsado desde el momento mismo de la vigencia de la Ley Sáenz Peña por mujeres progresistas de la época.”³⁸⁶

Agregó que: “En muchas actividades la mujer tiene negada la igualdad de oportunidades. Y esa igualdad de oportunidades es lo que nuestra Constitución debe proteger, una igualdad real, garantizada por acciones positivas, que abra las puertas a la participación de todas y todos en los procesos democráticos. Es necesario que esta garantía legal de participación femenina no se entienda como un acto discriminatorio más. Es el marco imprescindible para que las mujeres podamos derribar las estructuras culturales y sociales que en muchos casos nos impiden la participación.”³⁸⁷.

³⁸⁶ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Nilda Romero, p. 2966 y sgtes.

³⁸⁷ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Nilda Romero, p. 2966 y sgtes. Agregó: “Hasta hoy las trabas a la participación de la mujer en la política son muy numerosas. Proviene de hábitos culturales y sociales, represiones internas, proscripciones de hecho, competencias desiguales y varios otros factores. Quebrar estas barreras supone un esfuerzo de voluntad desproporcionado que en definitiva condiciona la voluntad de participación de la mujer. Una ley que tutele la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos electivos y partidarios conlleva también un compromiso de la mujer a involucrarse activamente en la vida política. En ese compromiso está el primer paso hacia una igualdad en la composición de la clase política. No se trata de crear vocaciones artificiales sino de recrear el medio para que las auténticas vocaciones políticas puedan manifestarse espontáneamente. Las mujeres somos más de la mitad de la población del país. Aun con esa superioridad numérica a favor soy testigo de cuán complicado es participar políticamente en un medio hasta ahora dominado por los hombres. La Constitución que estamos forjando no puede dejar de tener en cuenta este hecho para ser tan justa y democrática como la queremos. Como dije anteriormente, puedo atestiguar que no es nada fácil desenvolverse en la actividad política siendo mujer. Me voy a abstraer por un momento de mi condición de mujer para dedicarme exclusivamente a la tarea para la que fui elegida: representar al pueblo, que, compuesto por mujeres y hombres en partes casi iguales, necesita sentirse reflejado así en las clases dirigentes. Afortunadamente la clase política es sensible a los requerimientos de la sociedad y ha advertido el sutil manto de desigualdad que envuelve la participación política de las mujeres. La sola existencia de estos debates confirma, en definitiva, que no son otra cosa que la profundización de las luchas sociales y reivindicatorias, a veces quijotescas por la construcción de una sociedad mejor y más justa, en las que todo ser político con vocación se halla inmerso como manifiesto ético. Tengo la firme convicción de que la aplicación oportuna de medidas de acción positiva para la inclusión de mujeres en los puestos directivos es

En igual sentido se expresó la convencional **Zelmira M. Regazzoli** (PJ), representante de la provincia de La Pampa por el Partido Justicialista, destacando los alcances de la aplicación del cupo de mujeres en la propia conformación electoral de la Convención Constituyente. Dijo: “Debo señalar que dicho dictamen es realmente revolucionario y que su sanción nos va a colocar a los argentinos a la vanguardia de las constituciones del mundo, como nos ha colocado a la vanguardia del mundo el hito trascendental de que casi el 30 por ciento de mujeres estén transformando la Carta Magna de una nación, único precedente hasta el momento en la transformación de las Constituciones del orbe. En el marco de la defensa del dictamen en consideración también debo decir que en materia de incorporación de derechos humanos nuestra Constitución será la única que consagrará a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer con rango constitucional, hito que nos llena de orgullo a las mujeres que estamos sentadas en estas bancas gracias a la figura preclara de Eva Perón y a la decisión política del presidente Menem, que promulgó y reglamentó la ley del cupo femenino para que no quedara ninguna duda con respecto a su aplicación.”³⁸⁸

A continuación, se refirió a las políticas respecto de la mujer la convencional por la provincia de Neuquén, **Ester Aída Schiavoni** (PJ), quien hizo referencia al cambio de paradigma científico respecto del lugar de la mujer en la sociedad y la política. En su exposición se preguntó por qué en el nuevo texto constitucional se ubica a las mujeres junto con los niños y personas con discapacidad, respondiendo que: “Es terrible y difícil reconocer esa situación, pero esto se refleja en los lugares donde se toman las decisiones y donde las mujeres están ausentes. Se celebró un pacto y millones de mujeres lo votaron, pero no conozco a

simplemente la preparación del camino para que en el futuro este tipo de legislación nunca más haga falta. Las mujeres necesitamos solamente este espacio inicial. Después está en nosotras demostrar todo lo que podemos dar a la Nación y su gente. Por estas razones, sólo es necesario que nuestra Constitución las garantice.

³⁸⁸ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Zelmira M. Regazzoli, p. 2968 y sgtes.

ninguna que haya participado en su elaboración, siendo ello imprescindible. Mi reflexión es que esta Convención muestra, quizá en forma no muy agradable, la manera en que se ha hecho política en el mundo.”³⁸⁹

La Convencional por Capital Federal, **Cecilia Norma Lipszyc** (PJ) intervino en la discusión en la 23 sesión y también incorporó un documento a través del mecanismo de inserciones, por lo que –a fin de realizar un abordaje lo más integral y coherente posible– describiré sus argumentos complementando ambas fuentes.

En primer lugar, se manifestó en repudio de las afirmaciones del convencional Cornet en las que calificó el artículo 5 de la Convención sobre toda forma de discriminación contra la mujer como un “Mengele sociológico”.

Dijo: “antes de comenzar con el análisis del tema a que me he de referir, quiero manifestar mi profunda indignación por las palabras que ayer expresara un señor convencional de la provincia de Córdoba, en representación del bloque de la UCEDE, quien sostuvo que el artículo 5 de la Convención sobre toda forma de discriminación contra la mujer era un original “Mengele sociológico”. Ese artículo expresa lo siguiente: “Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. Esto no es producto del criminal de guerra Mengele, es un reclamo unánime de millones de mujeres y varones de todo el mundo para crear y fijar nuevas pautas de relación entre los seres humanos, y de esa forma eliminar formas culturales que marginaron, discriminaron y excluyeron a la mitad de la población del goce de los derechos políticos, sociales y civiles. El fascismo, el nazismo, del cual el criminal de guerra Mengele fue un exponente, no asesinó a seis millones de judíos porque quería cambiar sus pautas cul-

³⁸⁹ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Ester Aída Schiavoni, p. 2976 y sgtes.

turales; lo hizo porque hubo una acción premeditada para el sistemático asesinato de ese pueblo, que no tenía nada que ver con el cambio de sus patrones culturales sino con la primacía de la idea del totalitarismo asesino que hoy estamos condenando en forma histórica en esta Convención Constituyente. Asimilar a ese criminal de guerra con la heroica lucha de millones de mujeres tendiente a que la vida y las relaciones entre los seres humanos sean más solidarias, igualitarias y enriquecedoras de las potencialidades humanas, es atterradoramente humillante y revulsivo de mi más íntima y profunda esencia de mujer y miembro de la especie humana. Por eso, desde mi banca hago un desagravio de este inadmisibles insulto lanzado por ese señor convencional a todo el movimiento de mujeres que ha dado una lucha fenomenal en el mundo. Un claro ejemplo de ello es esta Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que estamos tratando y la sanción en nuestro país de la ley de cupos para la participación política, que fue producto de muchos años de lucha de todas las mujeres argentinas. Lamento que no esté presente el señor convencional que hizo la manifestación que dio motivo a mi aclaración.”³⁹⁰

Luego ingresó a sus apreciaciones respecto de la incorporación de las medidas de acción positiva como herramienta de lucha contra la discriminación, partiendo por reconocerse como mujer, judía y política³⁹¹ y

³⁹⁰ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 2977 y sgtes.

³⁹¹ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 2978. Dijo: “Me siento directamente implicada porque soy mujer, judía y hago política. La verdad es que sólo me falta ser negra para poder ser colocada en el lugar donde confluyen casi todas las discriminaciones. Con la incorporación de estos tratados internacionales en la Constitución tratamos de construir un nuevo Contrato Social en el que en forma creciente se incluyan los grupos y sectores que no fueron incluidos en aquel que instauró la Revolución Francesa, que fue la base de las organizaciones modernas. Aquel Contrato Social se basó en un concepto de igualdad que resultó ser restrictivo. Se construyó una medida común en la cual los distintos seres humanos pudieran reconocerse entre sí en igual condición humana. Para estar como iguales en la sociedad, las personas se ponen de acuerdo sobre una igualdad de naturaleza, que constituye esa medida común. Hombre, entre comillas, es aquel que de manera plena puede ser protagonista del Contrato Social. Participa de él sólo quien es reconocido como “hombre”, es decir el

destacando que una de las discriminaciones más aberrantes es la que se realiza respecto de los pobres.³⁹²

En su exposición da cuenta de quienes promovieron el nuevo inciso con las acciones afirmativas; “También remarco el acuerdo logrado por las mujeres del Partido Justicialista, de la Unión Cívica Radical y del Frente Grande tendiente a impulsar el nuevo inciso del artículo 76 sobre las acciones positivas. En igual sentido, rindo mi homenaje a los señores convencionales que acompañaron nuestra iniciativa”.³⁹³

La convencional dio un tratamiento profundo sobre la relación entre las medidas de acción positiva y el principio de igualdad, expresando en el documento insertado que: “Para llegar a este momento las mujeres y todos los grupos discriminados hemos tenido que realizar una dura lucha por reconceptualizar el principio de igualdad jurídica,

que puede legítimamente identificarse y considerarse igual. Obviamente, esto excluyó a grandes sectores sociales, sobre todo a mujeres y minorías.”

³⁹² Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 2978. Dijo: “En nuestro conflictivo y nunca imaginado fin del milenio aún siguen existiendo discriminaciones aberrantes. La mayor de todas es, sin lugar a dudas, la que surge de la pobreza. Estamos comprometidos en esa lucha contra los modelos neoconservadores que han dualizado y empobrecido la sociedad en todo el planeta y la han llevado a niveles impensables treinta años atrás. Esto nos remite al tema de las cada vez más numerosas capas de la población que actualmente son el sector más discriminado de la sociedad. Sin ningún tipo de eufemismos, me refiero a los pobres. No voy a aportar muchas cifras porque suelen aburrir; sólo traeré a colación dos o tres datos. De los 5.300 millones de personas que habitan el planeta, 2.000 viven en la pobreza. Los países ricos son sólo el 20 por ciento de la población mundial, pero concentran el 82 por ciento del ingreso internacional y acaparan el 83 por ciento de la producción, el 81 por ciento del comercio y el 94 por ciento de los préstamos internacionales. La relación entre países ricos y pobres ha aumentado brutalmente después de quince años de políticas neoconservadoras. En la década del 60 era de 30 a 1; actualmente, es de 60 a 1. Los modelos neoconservadores plantean una sociedad local y mundial cada vez más dualista, donde enormes sectores están perdiendo la titularidad de los derechos sociales básicos y no se les brinda la posibilidad o la oportunidad de acceder a los derechos de que gozan otros sectores. Esto es discriminación. Estamos esperanzados en que la inclusión de los tratados que consideramos ayude a tomar conciencia y a paliar esta realidad dramática. Este es nuestro desafío.”

³⁹³ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 2977 y sgtes.

el principio de igualdad ante la ley”³⁹⁴. Sobre la idea clásica de la igualdad reflexionó: “Lo que queremos remarcar es que debajo del concepto de igualdad ante la ley subyace un concepto androcéntrico de los “seres humanos” que se oculta al extender este paradigma a todos los humanos y definir entonces que las leyes son neutrales, que se dirigen a todos y sin distinción de sexo, clase u otra categoría. Pero todos y todas sabemos que no ha sido así. Sólo el ejemplo de lo que implicó la lucha por el sufragio femenino lo demuestra. Aún hoy seguimos siendo en muchos aspectos, sobre todo laborales, familiares y políticos, ciudadanas de segunda. Debajo del concepto de igualdad ante la ley subyace la idea hegemónica burguesa surgida con la revolución francesa de igualdad y que ha sido superado, porque ocultó las diferencias reales que históricamente existieron y existen entre los sexos, razas, etnias, clases, etc. y que excluyó a estos del alcance de la igualdad. Este armamento legal estaba basado en la existencia de una ideología dominante patriarcal, que internalizada por todos y todas fue lo considerado “natural”. Las mujeres eran “lo otro”, lo específico. Debido a esta ideología las leyes que se dirigen al hombre/varón son percibidas como incluyendo a toda la humanidad y, por ende, genéricas, mientras las que se dirigen a la mujer son percibidas como específicas de su sexo. De ahí que las leyes y reglas sociales que fueron pensadas por varones desde su perspectiva y de su realidad han sido tomadas como neutrales en términos de género mientras que las leyes que tienden a corregir la discriminación sexual son interpretadas como beneficiadoras de uno solo de los sexos.”³⁹⁵

Frente a la construcción clásica del principio de igualdad contrapone aquel que se construye con las medidas de acción positiva. Dijo: “Por ello es falso que la igualdad jurídica entre los sexos se garantiza con solo enunciarla y no con medidas concretas que permitan una real participación de todos los grupos discriminados. Quienes creemos y queremos una igualdad real tenemos que partir de que el varón es tan

³⁹⁴ Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3155.

³⁹⁵ Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3155.

diferente de la mujer, como la mujer del hombre, pero somos igualmente diferentes, y si somos igualmente diferentes las leyes deben tomar esas diferencias en cuenta. Considerar las diferencias no es discriminar ni crear nuevas desigualdades. Es partir de la desigualdad de la mujer respecto de los varones realidad que ha sido más que demostrada. Quienes estamos por una igualdad respetando las diferencias entendemos que para que se cumpla el principio de igualdad lo que se tiene que hacer es eliminar la desigualdad y jerarquización entre varones y mujeres, no sus diferencias. Debemos entender que lograr una sociedad más justa, más igualitaria y más solidaria no implica ganancia para todo el mundo, sino que, quienes tienen privilegios basados en la condición dominante, tendrán que estar dispuestos a perderlos, si es que quieren una sociedad más justa pero no declamativa sino en la realidad fáctica. De allí se desprende la necesidad de las acciones positivas: para implementar programas y prácticas para que todas las personas que dicen comulgar por la igualdad, implementen concretamente acciones que de facto corrijan la situación de subordinación de los grupos discriminados. Las acciones positivas son un camino correcto para la necesaria construcción del concepto de ciudadanía plural, ni la neutral que no incluye la diversidad ni la genérica que la esconde. Esta es la base de una democracia participativa, forma de organización social al que muchos aspiramos, porque si no el carácter democrático del Estado moderno sería un mito. La democracia que supone como condición *sine qua non* la igualdad y la libertad no puede admitir fueros de nacimiento, como ser, haber nacido varón.”³⁹⁶

Expone la definición o caracterizaciones de las medidas de acción positiva. En su inserción escribió la convencional Lipszyc: “El concepto de acción positiva es sin duda revolucionario, en el sentido de que “revoluciona” todas las ideas recibidas, y en particular la cultura de emancipación, a la que están estrechamente unidas las mujeres y los hombres que se creen progresistas y para los cuales la igualdad entre los sexos

³⁹⁶ Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3156.

garantizada por Constituciones y leyes era de por sí suficiente para asegurar la igualdad de oportunidades. (Alda Facio). La acción positiva es hasta ahora el más válido instrumento elaborado y aceptado a nivel internacional para salvar los obstáculos que se interponen en el logro de la igualdad entre hombres y mujeres, aspecto que ya se refleja en las leyes y en las Constituciones.”³⁹⁷

Completa la idea con dos citas bibliográficas: “Según Rosenfeld Michel las acciones positivas están “diseñadas para igualar las oportunidades de admisión para los grupos históricamente desventajados tomando en consideración aquellas mismas características que han sido usadas para negarles un tratamiento igualitario”. El objetivo de las acciones positivas es generar una sociedad en la cual cada ser humano reciba igual respeto y en la cual se reduzcan las consecuencias de la discriminación. “Esta sociedad igualitaria demanda la comprensión de que el punto de partida es asimétrico y que la aplicación de reglas neutrales conduce a resultado desiguales”. (Marcela Rodríguez)”³⁹⁸

Abordó en su inserción los propósitos y justificativos de las medidas de acción positiva. Sobre los primeros dijo: “El propósito de las acciones positivas es quebrar viejos patrones de segregación y jerarquía y abrir oportunidades para mujeres y minorías que les han sido cerrada tradicionalmente, y así brindar el aliento para el proceso de dismantelar las barreras psicológicas o de otro tipo erigidas por prácticas pasadas”. La desigualdad manifiesta de las mujeres ya la he explicitado en este recinto, me remito a mi intervención anterior, pero es de carácter absoluto es causa relevante a los efectos de la reparación. Una investigación de la OIT sostiene que se necesitarán 471 años para lograr la igualdad entre los sexos. Las siguientes palabras del Justice Marshall acerca de los negros son totalmente aplicables a las mujeres: “Es innecesario en el siglo XX en América hacer que los negros individualmente demuestren que ellos han sido víctimas de la discriminación racial el racismo en nuestra

³⁹⁷ Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3157.

³⁹⁸ Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3158.

sociedad ha sido tan extendido que ninguno, independientemente de su riqueza o posición, ha podido escapar a su impacto”.³⁹⁹

Los justificativos de estas medidas los relaciona la convencional en su inserción con los modelos de justicia. Escribió: “Las acciones positivas se justifican y aquí sigo el razonamiento de M. Rodríguez, básicamente sobre los fundamentos de la justicia compensatoria, la distributiva y el concepto de utilidad social. Es justicia compensatoria porque acuerda reparaciones por daños pasados. Según Goldman “la justicia compensatoria demanda la transferencia de recursos de una persona o grupo de personas a otras/os a los efectos de restablecer la situación de igualdad que existía o debía haber existido entre ellos antes de la imposición de las condiciones que resultaron en privilegios para el violador de la igualdad y obstáculos para las víctimas”. (Goldman Alan Justice and Reserve Discrimination 1979). Kuperman también dice “Un tratamiento justo requiere no solo la justa consideración por el individuo, sino también un contexto social en el cual el individuo tenga una chance justa para futuros éxitos”. (Kuperman “Relations between the Sexes: Timely us Tin dess Principles” 1988). El concepto de justicia distributiva puede reconocer injusticias pasadas pero su objeto es revocar sus efectos presentes, por lo cual un individuo está autorizado para recibir los beneficios de un programa de acción positiva, no porque la sociedad reconoce y trata de reparar injusticias pasadas sino porque merece una porción mayor de los recursos de la comunidad. Rawls John en “A Theory of justice” afirma que existen dos principios de justicia: 1) “cada persona tiene un derecho igual a la más extensa libertad compatible con una libertad similar de las otras personas”, 2) el segundo principio es conocido como el de la diferencia y sostiene que: “las desigualdades económicas y sociales deben ser arregladas de forma tal que ambas estén por un lado para el mayor beneficio de los individuos menos favorecidos y asociadas a oficios y posiciones abiertas a toda persona bajo condiciones de una justa igualdad de oportunidades”. El concepto de

³⁹⁹ Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3158.

utilidad social se basa en que las cuotas proporcionan un mayor grado de utilidad social para maximizar el bienestar de la sociedad en su conjunto. Las ventajas son, por ejemplo: la promoción y desarrollo de modelos de roles deseables, la destrucción de estereotipos negativos, el logro e incremento de la diversidad, el alivio de la tensión entre los sexos y la provisión mejorada de servicios a los individuos menos poderosos de la comunidad.”⁴⁰⁰

Identifica como fuentes directas de la inclusión de medidas de acción positiva; el “Comité para la igualdad entre hombre y mujer” del Consejo de Europa, el gobierno noruego, el de los Estados Unidos, la Convención General de las Naciones Unidas y la Comunidad Europea, que plantean la necesidad de las acciones positivas, que lejos de comprometer el principio de igualdad constituyen una parte esencial del programa para llevarlo a cabo. También lo contienen algunas constituciones provinciales nuestras como las del Neuquén, Jujuy, Salta, Río Negro, y la española, la paraguaya y la sueca.

En el texto de su inserción dio detalles de esta información, ampliando que: “Según la definición del “Comité para la igualdad entre hombre y mujer” del Consejo de Europa, la acción positiva es una estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de unas medidas que permitan contrastar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales. Se trata de medidas que van más allá del control de aplicación de las leyes de igualdad, puesto que su finalidad es poner en marcha programas concretos para proporcionar a las mujeres ventajas concretas.”⁴⁰¹ Agregó al respecto: “En el ámbito del derecho positivo de la Comunidad Económica Europea, el artículo 2.4 de la Directiva 76/207, especifica que “la presente directiva no pone obstáculos a las medidas tendientes a promover la

⁴⁰⁰ Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3158 y 3159.

⁴⁰¹ Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3157.

igualdad de oportunidades, especialmente a aquellas que están dirigidas a solventar las desigualdades de hecho que afectan a las mujeres.”⁴⁰²

Respecto de su ejemplo nórdico agregó que: “Para el Gobierno Noruego “no es posible conseguir la igualdad entre el estatuto social del hombre y el de la mujer prohibiendo solamente los tratos discriminatorios. Si se quiere corregir la diferencia que hoy existe, es necesario, a corto plazo, proporcionar ventajas en determinados campos a uno solo de los sexos. Una ley para la igualdad entre hombre y mujer que prohíba estas medidas destinadas a mejorar la condición de la mujer, acabaría negando su propia finalidad” (Mrio. Noruego de Asuntos Exteriores “Equal Status Between men and women”, Oslo, marzo 1983, pag. 9).”⁴⁰³

De la misma región del mundo extrae otro ejemplo a destacar: “La Const. de Suecia plantea: “ningún acto legal en otro instrumento estatutario debe manifestar discriminación hacia ningún ciudadano en función de sexo, salvo la relevante provisión de formas que demuestren el esfuerzo a llevar adelante la igualdad entre varones y mujeres” - Cap. 2 Art. 167.”⁴⁰⁴

Refirió también a un ejemplo de Norteamérica y a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: “En los Estados Unidos, el Decreto Ley de 1968, que prohíbe la concesión de contratos federales a los empresarios que ejercen cualquier tipo de discriminación respecto a la mujer e impone directrices concretas para asegurar la representatividad de las minorías en todos los puestos de trabajo y en todas las categorías de organización y de carrera, está basado en un principio según el cual “una acción positiva, lejos de comprometer el principio de la igualdad, constituye una parte esencial del programa para llevar a cabo este principio. La Convención General de las Naciones Unidas en diciembre de 1979, que estamos elevando a rango constitucional, dice: sobre las acciones positivas “la adopción de medidas especiales de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de hecho entre el hombre y la mujer, no se consi-

⁴⁰² Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3157.

⁴⁰³ Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3157.

⁴⁰⁴ Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3157.

dera discriminatorio y cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidades y trato”⁴⁰⁵

En el ámbito nacional mencionó las constituciones provinciales y de otras naciones que incluyeron este tipo de medidas: “Por ejemplo, la Constitución de Neuquén sostiene: Todos los habitantes tienen idéntica dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo. Debieran removerse los obstáculos de orden económico y social que limitando de hecho la libertad y la igualdad de los habitantes impiden el desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los habitantes en la organización política, social y económica de la provincia. Estos conceptos están repetidos en las Constituciones de: Jujuy, Salta, La Rioja y Río Negro, la Constitución española en el art. 9, inc. 2, la de Nicaragua, Paraguay - 1992 “igualdad real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio y facultando la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional”⁴⁰⁶

También enuncia los mecanismos en que se concretan las medidas de acción positivas; pudiendo ser con la técnica de las cuotas o de los objetivos. En la inserción escribió al respecto: “Son dos los mecanismos que han adoptado las acciones positivas: cuotas y objetivos - siendo la base de las cuotas la obligatoriedad y los objetivos la buena fe. Los sistemas de cuotas son la forma más habitual para garantizar la igualdad de oportunidades para mujeres y grupos discriminados.”⁴⁰⁷

La centralidad de su intervención radica en sus apreciaciones respecto de las acciones positivas, oportunidad en que manifestó: “Este tema que para algunos es novedoso, es algo sobre lo que venimos luchando desde hace mucho tiempo todas las mujeres, no sólo las de nuestro país sino también las de toda la comunidad internacional. Para llegar a una noción de las acciones positivas, las mujeres y los grupos discriminados hemos tenido que realizar una dura lucha para

⁴⁰⁵ Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3157.

⁴⁰⁶ Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3158

⁴⁰⁷ Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3158.

re conceptualizar el principio de igualdad jurídica, de igualdad ante la ley... Remarco que debajo del concepto de igualdad ante la ley subyace un concepto androcéntrico de los seres humanos que se oculta al extender este paradigma a todos los humanos y definir entonces que las leyes son neutrales. Todos sabemos que no ha sido así. El solo ejemplo de lo que significó la lucha para obtener el sufragio femenino lo demuestra. Aún hoy seguimos siendo ciudadanas de segunda en muchos aspectos, sobre todo laborales, familiares y políticos.”⁴⁰⁸

Concluyó el tratamiento de su medulosa intervención, con el siguiente párrafo de la convencional Lipszyc: “Debemos entender que lograr una sociedad más justa, más igualitaria y más solidaria no implica ganancia para todo el mundo, sino que quienes tienen privilegios basados en la condición dominante, tendrán que estar dispuestos a perderlos, si es que verdaderamente quieren una sociedad más justa, no

⁴⁰⁸ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 2977 y sgtes. Agregó: “El paradigma de lo humano se hizo sobre la base del hombre. Pero peor aún es que ese paradigma no tomó como referencia a todos los hombres, sino que se hizo sobre el hombre blanco, pudiente, instruido, heterosexual, practicante de la religión predominante y sin discapacidad visible...Este armado legal se basaba en la existencia de una ideología dominante patriarcal, que fue considerada natural. Las mujeres eran lo otro, lo específico. Debido a esta ideología las leyes que se dirigen al hombre, al varón, son percibidas incluyendo a toda la humanidad y, por lo tanto, genéricas, mientras las que se dirigen a la mujer son percibidas como específicas. De ahí que las leyes y las reglas sociales que fueron pensadas por varones, desde su perspectiva y desde su realidad han sido tomadas como neutrales en términos de género. Uno de los soportes más formidables para que los varones se autoestablecieran como representantes de la especie humana es el supuesto de que el lenguaje es neutro y que lo masculino puede incluir a lo femenino, mientras que lo femenino sólo se refiere a lo no masculino. Esta supuesta neutralidad del lenguaje es falsa, porque sabemos que el lenguaje es uno de los más formidables formadores del pensamiento y de la conciencia. Es el estructurador básico de nuestras categorías de pensamiento, es un ordenador del razonamiento y, por lo tanto, es un excepcional mecanismo de producción y de reproducción de lo ideológico. Por ende, produce y refuerza la discriminación y los prejuicios. Quienes estamos por una igualdad respetando las diferencias, entendemos que para que se cumpla el principio de igualdad ante la ley, se tiene que eliminar la desigualdad y jerarquización entre varones y mujeres; no sus diferencias” (p. 2979).

declamativa sino en la realidad. De ahí se desprende la necesidad de las acciones positivas.”

La convencional por la Capital Federal, **Dora H. N. Sachs de Repetto**, también defendió la inclusión de las medidas de acción positiva desde la defensa de la igualdad del hombre y la mujer y la lucha contra la discriminación de ésta última⁴⁰⁹. Así afirmó: “Esta Constitución deja plasmado en un nuevo inciso del artículo 67 los derechos de la mujer, del niño, del anciano y de los discapacitados, a través de la inclusión de tratados internacionales, por un mecanismo de acción positiva. Sin duda hemos logrado dar un paso importante; estamos legalmente en pie de igualdad con el hombre y reconocidas para ejercer nuestra participación en toda forma de decisión pública o privada. Señor presidente: no puede haber democracia sin igualdad de derecho entre los sexos. Discriminar a la mujer es una forma de violencia encubierta al ejercer por la fuerza el veto a la igualdad. Sin embargo, las pautas culturales aceptadas en nuestra sociedad se traducen perpetuando la discriminación. Por eso no sólo es importante que nuestros derechos tengan rango constitucional, sino que nosotras sepamos concientizar tanto a hombres

⁴⁰⁹ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Dora H. N. Sachs de Repetto, p. 2981. Dijo: “Hace aproximadamente dos meses y medio leí una publicación del Consejo Nacional de la Mujer, que decía “Ochenta mujeres convencionales participan en la elaboración de una nueva y moderna Constitución que pondrá a la Argentina de cara al siglo XXI”. Fue una toma de conciencia de algo ya muy conocido para nosotras las mujeres. Marcaba la importancia de la ley de cupo. Sentí que podía respirar mejor. Parecía que el pecado de ser mujer se atenuaba. Desde remotos tiempos estuvimos siempre supeditadas al hombre. La mujer fue objeto de placer, servidumbre sin paga, madre sin consulta. Fue relegada aun dentro de la organización de la familia, dependiente del padre, del esposo, de los hijos. En ciertas regiones de la India no conoció en muchos casos ni la libertad para morir; si fallecía antes su marido era incinerada junto con él. Tampoco conoció por siglos el derecho de herencia. En la Edad Media, el cinturón de castidad expresa a las claras el trágico dominio del hombre. Durante el período de la Inquisición fue enormemente mayor el número de mujeres inculpadas por brujería, quemadas vivas o lapidadas, que el de los hombres. Pero no voy a revisar toda la historia ni la literatura, ni nombraré ley por ley para señalar desde cuándo la mujer empieza el ascenso a la igualdad.”

como a mujeres acerca de la justicia de nuestros logros. Debemos aprender y enseñar a participar con sentido solidario junto al hombre, pero conservando nuestra condición de mujer, difundiendo estos derechos para que sean –como deben serlo– interpretados como un reconocimiento justo. Porque nada se nos dio ni se nos concedió, sino que sólo se tacharon de la historia de la mujer oscuros olvidos e incomprensibles negaciones.”⁴¹⁰

A continuación, tomó la palabra la convencional por Formosa, **Bibiana Babbini**, quien argumentó en favor de la incorporación a la constitución de las medidas de acción positivas, afirmando que: “Para referirme concretamente al nuevo inciso que se incorpora, sobre todo con relación a las acciones positivas que de alguna manera apunten hacia sectores tales como los de la mujer, los niños, los discapacitados y los ancianos, cabe reflexionar de que la Constitución nacional –como todos sabemos–, en su artículo 16 dispone que todos los hombres son iguales ante la ley. Y dicha igualdad, para no quedar en una mera formalidad, evidentemente debe desenvolverse en presupuestos donde el Estado, precisamente, la garantice. ¿A través de qué? De la remoción de obstáculos de tipo social, económico y cultural, que limitan la libertad y la igualdad. En definitiva, debemos asegurar que desde el Estado se remueva lo que deba ser removido para alcanzar un orden social más justo e igualitario. Por ello, creo fundamental que se establezca este nuevo inciso en el artículo 67, que contempla el dictado de medidas de acción positiva a efectos de garantizar la igualdad de oportunidades y de trato, específicamente con relación a la mujer”⁴¹¹.

Amplió sus fundamentos sobre un nuevo principio de igualdad, confrontando la igualdad formal con la igualdad real y de oportunidades, destacando el rol que juegan las medidas de acción positiva en

⁴¹⁰ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Dora H. N. Sachs de Repetto, p. 2981.

⁴¹¹ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Bibiana Babbini, p.2996.

la lucha contra la discriminación de la mujer⁴¹², y trayendo como antecedente la Constitución de la hermana República del Paraguay⁴¹³.

Para concluir su intervención, en la que recordó la participación relevante de innumerables y –muchas veces ignoradas– mujeres de la historia argentina, afirmó que: “En tal sentido, corresponde analizar por

⁴¹² Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Bibiana Babbini, p.2997. Allí dijo: “Igualdad de oportunidades que, en definitiva, desde el Estado y a través de la efectivización de estas medidas efectivas, ¿tienda a qué? A modificar el entramado social; a acelerar el proceso, rompiendo la inercia social que de una u otra forma va manteniéndose con creencias, actitudes o prejuicios, que desde el ámbito cultural impiden lograr esa igualdad que hoy estamos pretendiendo. Y esta igualdad que se pretende a través de las acciones positivas no implica, desde ningún punto de vista, plantear un privilegio sino simplemente reconocernos diferentes, buscando y logrando la igualdad no sólo a través de la norma sino también de la implementación de políticas públicas que la efectivicen...El principio de igualdad formal –eje de los cuerpos legales de raíz liberal y que está consagrado en nuestra actual Constitución– indudablemente responde a toda la orientación del derecho occidental. Es evidente que, no obstante, su declamación o forma de decirlo en la norma, esta igualdad no siempre ha sido concreta. Esto también es aplicable al caso de las mujeres o de otras minorías discriminadas, sustancialmente las minorías étnicas. Seguramente no podemos dejar de ver en esto la conceptualización que se fue dando como fruto de diferentes pautas culturales y que elaboraron la construcción liberal burguesa con relación a la mujer, definida ésta como lo correspondiente al ámbito de lo subjetivo, de lo emocional, ligado a la costumbre. Esto, en oposición al hombre definido como lo objetivo, lo racional, lo activo. Ello, por supuesto tuvo –como decía– su correlato en lo social. Es decir: la esfera privada, doméstica, por esencia y contenido, constituía el ámbito de lo femenino; en cambio, la esfera pública, el ámbito masculino, inaccesible para la mujer. Esta fundamentación sirvió para mantener la dicotomía, la diferencia; una dicotomía que entendía que, en definitiva, entre lo natural y lo racional existía un divorcio. Lo natural, ámbito al que pertenecía la mujer, debía ser controlado, dominado. ¿Por quién? Por la subordinación a la que debía someterse en una razón ordenadora, cuyo titular de alguna manera era el hombre. La sociedad participó y participa, de alguna manera, de estas conceptualizaciones. Por eso es fundamental que comprendamos lo que debe y necesita ser comprendido, que lo privado es político porque es en lo cotidiano donde se manifiestan y reproducen las injustas estructuras vigentes”

⁴¹³ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Bibiana Babbini, p.2997. Dijo: “Similares temperamentos siguieron diferentes constituciones latinoamericanas, sobre todo en los últimos tiempos. Para no hacer un mayor abundamiento sólo mencionaré la Constitución del Paraguay, que en su artículo 46 indica expresamente que “las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”.

qué nosotras, por esas pautas culturales, no estuvimos incorporadas a esa real igualdad de oportunidades. A través del devenir del tiempo, la mujer no estuvo presente en los discursos, porque el discurso social, político y cultural comprendía y abarcaba sólo al hombre. Por ejemplo, cuando se hablaba del trabajo se hacía referencia a algo que pertenecía y alcanzaba al hombre, y el trabajo de la mujer estaba ausente. El discurso crea realidades, y a veces éstas se incorporan en el discurso jurídico, que en definitiva es el que nos da poder y derechos. Por eso estuvimos ausentes. Fue larga la lucha para alcanzar el reconocimiento en el ámbito de los derechos sociales, civiles y, con posterioridad, en el de los derechos políticos. De allí lo fundamental y lo importante de la incorporación de estas medidas de acción positiva que pretende establecerse en el ámbito de la Constitución Nacional.”⁴¹⁴

Las intervenciones sobre la temática que aquí nos interesa fue cerrada por la convencional por Misiones, **Nilda Mabel Gómez de Marelli**, quien hizo un repaso de los aportes que la mujer ha hecho a la historia de Argentina, la región y el mundo. Refiriéndose a la incorporación a la Constitución de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, dijo: “Este tratado reconoce que la discriminación viola los principios de la igualdad de derechos y el respeto a la dignidad humana, lo que dificulta la participación de la mujer en las mismas condiciones que el hombre tanto en la vida política como en la social, la económica y la cultural, entorpeciendo su pleno desarrollo de posibilidades para prestar servicios a su país y a la humanidad. Este tratado también marca la necesidad de cambiar este sistema discriminatorio implementando las políticas necesarias para revertirlo.”⁴¹⁵

La normalidad de la discusión fue alterada por la intervención del Convencional Giordano, quien afirmó que, en el año 1964, el ex presidente de la Nación Dr. Illia dio la orden a la Fuerza Aérea Argentina de

⁴¹⁴ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Bibiana Babbini, p.2997.

⁴¹⁵ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Nilda Mabel Gómez de Marelli, p.3010.

derribar el avión en el que intentaba regresar al país el General Perón⁴¹⁶. Esto generó una gran bataola por lo que se suspendió la sesión y se pasó a un cuarto intermedio. Al regreso, el presidente de la Comisión, informando un acuerdo con algunos presidentes de los bloques partidarios, sometió a votación del dictamen en consideración que fue finalmente aprobado, en general⁴¹⁷. Esto impidió que muchos convencionales pudieran exponer en el recinto, lo que se solucionó con la inserción de documentos con sus opiniones.

La Convención Nacional Constituyente continuó el procedimiento con el tratamiento en particular de las modificaciones e incorporaciones al texto de la Constitución argentina, abordando en forma separada el inciso 19 del artículo 67⁴¹⁸ (incorporación de tratados internacionales de protección de los derechos humano), el primero de los nuevos incisos incorporados al artículo 67⁴¹⁹ (medidas de acción positiva) y el segundo de los nuevos incisos incorporados al artículo 67⁴²⁰ (tratados de integración).

Me detendré en las discusiones en particular sobre el inciso referido a la incorporación de medidas de acción positiva, cuyo texto final fue

⁴¹⁶ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Giordano, p.3028: “He escuchado con atención a un señor convencional de la bancada de nuestros primos por un trimestre hacer un encendido elogio del general Juan Domingo Perón y de la diplomacia del doctor Illia. ¿Cómo puede conciliarse una cosa con la otra si cuando Perón regresaba a su patria, la nuestra, en una aeronave española, el presidente Illia y el canciller Zavala Ortiz le dieron orden a la Fuerza Aérea de que si no acataba la prohibición de ingreso en el espacio aéreo argentino –el nuestro, el de su patria– el más eminente ciudadano argentino de ese momento, había que derribar ese avión con sus ciento veinte ocupantes?”

⁴¹⁷ Frente al reclamo de varios convencionales constituyentes respecto que la votación en general no había sido efectuada mediante la utilización del sistema informático, la misma volvió a realizarse con los mecanismos electrónicos disponibles, resultando nuevamente aprobado en general el dictamen de mayoría del Orden del Día N° 7, que correspondía al dictamen N° 11 de la comisión madre (207 votos por la afirmativa y 23 votos por la negativa). Ver Acta de Sesiones (23), p.3056 y sgtes.

⁴¹⁸ Actual artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

⁴¹⁹ Actual artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional.

⁴²⁰ Actual artículo 75, inciso 24 de la Constitución Nacional.

aprobado por una amplia mayoría (193 votos por la afirmativa, 41 por la negativa y 4 abstenciones).

Luego de las discusiones y propuestas del tratamiento en general de la incorporación del inciso en cuestión, el convencional **Juan Pablo Cafiero** leyó el texto a tratar, con algunas modificaciones.⁴²¹

Abierta la sesión, el convencional por la Provincia de Buenos Aires, **Eduardo Luis Pettigiani** (PJ), propuso agregar entre los destinatarios de las medidas de acción positiva a los embriones, a los jóvenes y a la familia. En dicha ocasión expresó: “Creo que ya se ha dicho con holgura que el espíritu de este artículo apunta, indudablemente, a eliminar las discriminaciones y establecer una suerte de discriminación positiva a partir de aquellos que, realmente, tanto en el pasado como en el presente, sufren discriminaciones o corren el riesgo de sufrirlas. Teniendo en cuenta que, tal cual he descripto, existen niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad que están protegidos, entiendo que ha quedado fuera de esta protección –de allí la incoherencia de la filosofía de este sistema– por un lado, el embrión, es decir, la primera forma de vida, por el otro la juventud y, finalmente, la familia. Creo que la única salvedad que cabe hacer en este caso es que el adulto –aquel que ya ha transitado la etapa del embrión, de la infancia y de la adolescencia–, cuando es hombre, indudablemente no merece este tipo de discriminación positiva porque, precisamente, nunca ha existido una discriminación negativa con respecto a esta condición. Por lo tanto, no vamos a discriminar positivamente a los adultos hombres, pero sí debemos hacerlo con los demás.”⁴²²

⁴²¹ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Juan Pablo Cafiero, p.3059. Dijo: “Señor presidente: he recibido algunas observaciones en cuanto a la forma en que quedó redactado este inciso, y le voy a dar lectura teniendo en cuenta que se han recibido algunas posiciones que aclaran mucho mejor el texto y la voluntad de los constituyentes. Dice así: “Artículo 67, nuevo inciso: Legislar sobre medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”

⁴²² Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Eduardo Luis Pettigiani, p.3059.

Finalizó su intervención con la siguiente propuesta de redacción: “Por todo ello solicito que se modifique la redacción de este nuevo inciso del artículo 67, para que a continuación de la expresión “Legislar sobre medidas de acción positiva que garanticen”, se agregue: “el derecho a la vida desde la concepción” y, además, luego de las palabras “respecto de” se agregue: “la familia, los niños, la juventud, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”⁴²³

La convencional **Marta Martino de Rubeo**, tomó la palabra para solicitar se incorpore la palabra “promover” al texto en discusión. Dijo: “Señor presidente: simplemente quiero solicitar al presidente de la comisión que contemple la posibilidad de incluir dos palabras en el texto que se acaba de leer, para que al comienzo de este inciso diga: “Legislar y promover sobre medidas de acción positiva...”, y luego el artículo seguiría tal como figura en el dictamen. Formulo esta propuesta porque legislar implica, exclusivamente, una función, mientras que el hecho de promover permitiría la posibilidad de impulsar políticas que contemplaran la existencia de medidas de acción positiva. Es decir que con esta propuesta no se modifica el sentido del texto, sino que sólo se amplían las facultades.”⁴²⁴

El convencional por la Capital Federal **Daniel Alberto Peña**, en defensa del derecho a la vida desde la concepción también realizó una propuesta de redacción en ese sentido.⁴²⁵ En igual sentido lo hizo el Convencional por la Provincia de Santa Fe, **Antonio Ciaurro**, en representación de convencionales de diversos bloques partidarios,

⁴²³ Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Eduardo Luis Pettigiani, p.3062.

⁴²⁴ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Marta Martino de Rubeo, p. 3062.

⁴²⁵ Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Daniel Alberto Peña, p.3063. Dijo: “Por ello, propongo que el nuevo inciso del artículo 67 que vamos a votar quede redactado de la siguiente manera: “Legislar sobre medidas de acción positiva que garanticen la vida desde el momento de la concepción y hasta la muerte natural, la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes, respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”

proponiendo una incorporación que reconozca el derecho a la vida desde la concepción.⁴²⁶

También por Capital Federal tomó la palabra el convencional **Eduardo Félix Valdés** (PJ), quien desarrollo lo referido a la incorporación de las personas con discapacidad entre los destinatarios de las medidas de acción positiva. Luego de leer una parte de la Declaración de Cartagena de Indias sobre políticas integrales para las personas con discapacidad en el área iberoamericana, por su utilidad para interpretar el texto constitucional a sancionar, concluyó afirmando que: “hoy esta Convención Constituyente, expresión de la voluntad popular, rescate a los indefensos, no olvide a los más débiles y, por sobre todas las cosas, reconozca y abrace a quienes son diferentes, es algo que debe emocionarnos y enorgullecernos. Que hoy le estemos dando rango constitucional a los derechos de las personas con discapacidad es un acto de amor, de solidaridad y de justicia. Los sentimientos más nobles que a mi modesto entender puede ofrecer un ser humano.”⁴²⁷

Una intervención relevante fue la de la convencional por la Provincia de Buenos Aires, **María Cristina Vallejos** (PJ), quien dio cuenta del proceso histórico que llevó a proponer las medidas de acción positiva en la nueva constitución y precisó la interpretación que debía realizarse de la enumeración de grupos protegidos en el inciso a incorporar al –hoy– artículo 75 de la carta magna.

Sobre los antecedentes de la incorporación de las medidas de acción positiva, respondiendo a un convencional que sostuvo que el tema había ingresado a la Convención por la ventana, afirmó que aquél: “Aludía a los derechos humanos en general, y también hizo alguna referencia a

⁴²⁶ Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Antonio Ciaurro, p.3066. Dijo: “Solicito al señor convencional Juan Pablo Cafiero que, al final del nuevo inciso del artículo 67, cuando se habla de los ancianos y de las personas con discapacidad, se agregue el respeto por la vida, por la libertad, por la intimidad personal y familiar y por la integridad física y psíquica del ser humano desde el momento de la concepción hasta el de su muerte natural, constituyendo los principios liminares a la luz de los cuales se dictará e interpretará la Constitución Nacional.”

⁴²⁷ Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Eduardo Félix Valdés, p.3065.

las medidas de acción positiva. Yo sí sé cómo se metió el tema. En realidad, no fue por la ventana, sino realmente por la puerta grande”. Así, recordó el papel de las mujeres del Partido Justicialista a partir del año 1992 cuando se iniciaron los trabajos previos a la reforma constitucional⁴²⁸, también mencionó la tarea del Consejo Nacional de la Mujer y de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio del Interior⁴²⁹. Finalmente describió una reunión con el Dr. García Lema en la que se habló del tema⁴³⁰. Concluyó el repaso histórico con la siguiente frase:

⁴²⁸ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional María Cristina Vallejos, p.3068. Dijo: “En 1992, cuando el justicialismo comenzó a trabajar sobre el tema de la reelección –lo digo con orgullo– y planteamos la reforma constitucional, ya nos interesaban otros temas. Las mujeres nos reunimos, fuimos trabajando barrio por barrio, ciudad por ciudad, analizando qué reforma constitucional queríamos. Y, cuando planteamos la reforma constitucional que pretendíamos, entre las mujeres surgió en primer término la necesidad de tratar el tema del derecho a la salud, ver qué pasaba con los desaparecidos, cómo se iban a impedir las torturas, qué iba a pasar con los desiguales, con todas las desigualdades, y no sólo con las vinculadas con el trato hacia las mujeres. Entonces, empezamos a elaborar estos conceptos.”

⁴²⁹ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional María Cristina Vallejos, p.3068. Dijo: “Pero, además, desde los organismos estatales también se comenzó a trabajar sobre ellos. No necesito decir que desde muchísimo tiempo atrás, concretamente desde 1985 hasta la fecha. El Consejo Nacional de la Mujer constituyó una comisión de reforma constitucional, y su presidenta, la licenciada Virginia Franganillo, recorrió el país hablando de las necesidades de la reforma, no sólo de las medidas de acción positiva para las mujeres, sino también sobre todos los derechos humanos y todas las reformas que importaban a las mujeres, algunas de las cuales ya hemos votado y otras estamos por votar. Además, la subsecretaria de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, la doctora Alicia Pierini, trabajó activamente sobre el tema de los derechos humanos. También lo hizo la secretaria de Derechos Humanos de la Cancillería, la señora convencional Regazzoli. Asimismo, trabajaron sobre este tema todas las áreas de la mujer de cada una de las provincias argentinas. Asimismo, recuerdo, y no quiero dejar de mencionar, que la comisión bicameral que cuenta con la presencia de senadoras y diputadas de diversos partidos, estuvo y está realmente comprometida con el tema; se trabajó ampliamente sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer a nivel legislativo. A su vez, el gabinete de mujeres fue otro organismo nacional que ha sentido este asunto como propio.”

⁴³⁰ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional María Cristina Vallejos, p.3068. Dijo: “A mediados de 1992, siendo directora de Relaciones Institucionales del Consejo Nacional de la Mujer, visité al doctor García Lema, oportunidad en la que le expliqué las profundas razones que teníamos para que se incluyera en la ley de declaración

“Entonces, a quienes vienen a decir que “esta cuestión entró por la ventana” les contestaría que, por el contrario, entró por la puerta grande de la historia y responde a los más puros anhelos y tradiciones, no solamente del peronismo sino de todo el pueblo argentino.”⁴³¹

La segunda cuestión relevante de su intervención, es la relativa a identificación expresa en la norma proyectada de las personas o grupos sujetos de protección estatal a través de las medidas de acción positivas, que se originó en la necesidad de responder el planteo de convencional Pettigiani sobre la no inclusión de los jóvenes en el inciso en análisis.

Dijo la convencional Vallejos: “Quiero llevarles la tranquilidad de que si bien es cierto que en el texto original del dictamen contenido en el Orden del Día N° 7 cuando se anuló la expresión “en particular”, se podía entender que estábamos limitando las medidas de acción positiva nada más que a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad, a partir de la redacción que acaba de leer el presidente de la Comisión, señor convencional Juan Pablo Cafiero, al decir “en particular respecto de” estarán incluidas todas las discapacidades y desigualdades. Entonces, el Congreso tendrá amplias facultades para legislar sobre cualquier medida de acción positiva, ya sea para los aborígenes, los veteranos de guerra, los jóvenes o cualquier otro sector de nuestra sociedad discriminado por cuestiones raciales, políticas o religiosas. Es muy importante dejar aclarada esta cuestión.”⁴³²

Alberto M. García Lema, convencional por la Provincia de Buenos Aires, en su intervención, luego de aclarar que la protección de las medidas de acción positiva de los niños, lo hace desde su concepción⁴³³,

de la necesidad de reforma de la Constitución el tratamiento de los derechos de la mujer y las medidas de acción positivas. Recuerdo que me manifestó que no iban a poder ser incluidos en la Primera Parte de la Constitución, pero sí en la correspondiente al otorgamiento de jerarquía constitucional a los tratados internacionales, en especial los de derechos humanos.”

⁴³¹ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional María Cristina Vallejos, p.3067.

⁴³² Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional María Cristina Vallejos, p.3068.

⁴³³ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Alberto M. García Lema, p. 3073. Dijo: “Las medidas de acción positiva previstas en el artículo 67, parten de la

abordó los planteos realizados respecto de la no inclusión de otros grupos o personas como los jóvenes. Dijo: “Con respecto a las otras menciones –totalmente legítimas y que también comparto en lo que hace a los jóvenes y otros sectores que deben contar con protección–, quiero señalar que obviamente es obligación del Congreso de la Nación propender al cumplimiento y perfeccionamiento de los derechos tutelados en la Constitución y en los tratados que han pasado a formar parte de ella. En consecuencia, las menciones específicas que se han hecho son simplemente para señalar una protección especialísima. Pero no hay que olvidarse de que el Congreso tiene la obligación genérica de legislar para la protección de todos los derechos humanos y que, de ampliar esta enumeración con sucesivos sectores sociales que podríamos enunciar de diferentes formas –dado que existen muchos sectores que requieren protección– debilitaríamos, por un lado, el sentido de las protecciones especiales que se incluyen en la norma y, por el otro, debilitaríamos también esa obligación genérica que pesa sobre el Congreso de legislar en beneficio, para la protección y por el perfeccionamiento de los derechos humanos.”⁴³⁴

Intervino luego el Convencional **Rodolfo Carlos Barra** con la finalidad de deslindar la cuestión tan debatida sobre el derecho a la vida y la pretensión de algunos convencionales de incluirlo en el inciso en análisis. Así dijo: “Señalo que el debate en que nos hemos introducido en relación con el derecho a la vida incluido en el nuevo inciso del artículo 67 que estamos discutiendo ahora referido a medidas de ac-

definición del concepto de niño que resulta de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las condiciones de su vigencia, incluyendo las reservas y manifestaciones realizadas por la República Argentina al momento de ratificarla. Por lo tanto, según mi criterio, ya está en claro que se trata de la protección del niño desde el momento de la concepción. De modo tal que cuando se remite al Congreso para que legisle sobre medidas de acción positiva se le remite la obligación de legislar en los términos de un derecho que ya ha sido incorporado en la Constitución Nacional en las condiciones que acabo de señalar. Por lo tanto, creo que una mención específica en este aspecto sería lisa y llanamente redundante.”

⁴³⁴ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Alberto M. García Lema, p.3073

ción positiva, es un tanto ocioso en su forma –en su sustancia es muy importante– porque ya está decidido en el texto que la Comisión de Redacción trajo al recinto. Si aprobamos esta norma, el Estado tendrá la obligación de legislar sobre medidas de acción positiva para garantizar la igualdad de oportunidades de trato, el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales –es decir por los que estábamos declarando antes que tienen rango constitucional– sobre los derechos humanos vigentes. Asimismo, la norma dice –que es la incorporación que se va a hacer– “en particular respecto de los niños”. Para nuestro derecho, así está definido en la norma que da validez y ordenamiento jurídico a la Convención Sobre los Derechos del Niño, se define que la vida comienza en el momento de la concepción...”⁴³⁵

Sobre el final del debate en particular sobre el nuevo inciso sobre medidas de acción positiva, el convencional **Juan Pablo Cafiero** (PJ) dio lectura al texto normativo con la finalidad que sea sometido a aprobación por la Asamblea Constituyente. Leyó el artículo 67, nuevo inciso, que quedó redactado de la siguiente forma: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes, en particular, respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”⁴³⁶

En esa oportunidad el convencional por la Provincia de Córdoba **Miguel Ángel Ortiz Pellegrini**, planteó su crítica sobre la inclusión de la palabra “promover”; “atento a que legislar es una facultad incluida en las atribuciones del Congreso, el que no tiene otra forma de expresarse que no sea a través de la legislación”. En respuesta Cafiero sostuvo que: “sobre la base de las propuestas que han llegado a la comisión, se ha querido poner especial énfasis en el tema de las medidas de

⁴³⁵ Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Rodolfo Carlos Barra, p.3078.

⁴³⁶ Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Juan Pablo Cafiero, p.3079.

acción positiva. Por ello entendimos que el Congreso, además de las atribuciones legislativas, debe tener –y exceder en la medida en que va a proteger a todos estos sectores– la posibilidad de incorporarlas no sólo en el ordenamiento legislativo sino en otras iniciativas, por ejemplo, proyectos de declaración o de resolución u otras actividades propias del Parlamento”⁴³⁷.

En los momentos previos a la votación del texto en particular tomó la palabra el señor convencional por la Provincia de Entre Ríos, **Augusto José María Alasino** (PJ), quien expuso la posición del bloque justicialista respecto del inciso a incorporar a la Constitución Nacional sobre medidas de acción positiva.

Destaco en especial esta intervención, ya que deja expuesto con mucha claridad la vinculación del nuevo inciso con el principio constitucional de igualdad.

Inicio su intervención de la siguiente forma: “En realidad, lo que estamos tratando de hacer en este inciso es agregarle un contenido distinto al viejo derecho de igualdad de la Constitución Nacional. Los derechos humanos captados modernamente por la comunidad internacional excedieron el marco de aquellos derechos políticos que tenían una visión más restringida y limitada de la persona y de la dignidad humana. De una enunciación teórica que tal vez esté contenida en el artículo 16, hemos comenzado a avanzar para superar las discriminaciones y establecer concretamente de qué se trata el derecho de igualdad.”⁴³⁸

Sobre el final de su exposición, dijo Alasino: “Hemos venido con la decisión de perfeccionar el derecho de igualdad. Por eso, el bloque al que represento ratifica una vez más las expresiones del señor convencional García Lema y de los dos miembros informantes de la comisión, razón por la cual va a votar favorablemente el texto de este inciso tal como figura en el dictamen de comisión, sin perjuicio de aclarar que

⁴³⁷ Acta de Sesiones (23), intervención de los Convencionales Miguel Ángel Ortiz Pellegrini y Juan Pablo Cafiero, p.3079.

⁴³⁸ Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Augusto José María Alasino, p. 3079.

está dispuesto a seguir la discusión en el momento y lugar convenientes, si se considera que aún no está agotada.”⁴³⁹

La última intervención relevante antes de la votación la realizó el convencional por la Provincia de Santa Fe, **Iván José María Cullen**, quién –si bien se abstuvo de votar– realizó una valoración favorable a la incorporación del inciso, al afirmar: “sin duda, esta norma refleja un avance considerable en la dogmática constitucional. Se trata de las llamadas acciones afirmativas o, dicho con mayor claridad, de discriminar o desigualar para igualar. Esto proviene de la Constitución de Italia de 1947; ha sido recogido por la Constitución de Santa Fe de 1962; y también se estableció en la Constitución de España de 1978. En el caso “Backe”, la Corte Suprema de los Estados Unidos las recogió expresamente sin necesidad de modificar el texto constitucional.”⁴⁴⁰

Por otra parte, dejó asentado que; “debo decir que votaría afirmativamente esta norma con las dos manos, porque considero que esta denominada “discriminación inversa” es la manera como se puede llegar a igualar a quienes no parten de la misma situación. Pero este tema no puede verse sino a través del principio de igualdad, como lo ha dicho recién el señor convencional Alasino. Y el principio de igualdad y su alcance no están habilitados para esta reforma.”⁴⁴¹

Así, llegado el momento de la votación del nuevo inciso del artículo 67 –actual artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional–, su texto fue aprobado por 193 voluntades afirmativas, 41 votos negativos y 4 abstenciones.⁴⁴²

Corresponde dejar sentado que el texto del inciso aprobado en la sesión 23⁴⁴³ no contaba con el segundo párrafo, que fue incorporado en una sesión posterior, como veremos a continuación.

⁴³⁹ Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Augusto José María Alasino, p. 3079.

⁴⁴⁰ Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Iván José María Cullen, p.3081.

⁴⁴¹ Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Iván José María Cullen, p.3081.

⁴⁴² Acta de Sesiones (23), p. 3083.

⁴⁴³ Acta de Sesiones (23), p 3092: “El texto constitucional sancionado es el siguiente. ... Artículo 67 de la Constitución Nacional, nuevo inciso: Legislar y promover medidas de

Como fuera adelantado, muchos convencionales no pudieron expresar su opinión tras la acalorada discusión que se diera en el recinto, luego de la cual se pasara a un cuarto intermedio, procediéndose a votar en general la inclusión normativa. Ello originó que se produjeran las inserciones de los siguientes convencionales: Alberto Gustavo Albamonte; Raúl Ricardo Alfonsín; Ángel Marcelo Bassani; Antonio Francisco Cafiero; Juan Pablo Cafiero; Elisa María Avelina Carrió; Iván José María Cullen; María Susana Farías; Antonio Isaac Guerrero; Juan Carlos Hitters; Cecilia Norma Lipszick; Miguel Ángel Ortiz Pellegrini; Pedro Perette; Humberto Quiroga Lavié; Clara C. Servini de García y María Cristina Vallejos.

A fin de no desviar el centro de mi estudio, dejaré de lado interesantes intervenciones sobre la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a nuestro ordenamiento jurídico, así como el proceso de integración regional, centrándome sólo en aquellas partes que abordaron las medidas de acción positiva. Veamos:

El convencional **Alberto Gustavo Albamonte**, propuso incorporar al nuevo inciso sobre medidas de acción positivas, un párrafo que garantice la vida desde el momento de la concepción hasta la muerte natural. También se manifestó respecto de la protección de las personas con discapacidad. Dijo: “Con referencia a la feliz inclusión a las personas con discapacidad quisiera señalar que algunos señores convencionales han incurrido en el involuntario error de calificarlas como *discapacitados* como bien señala la actual Directora Nacional en la materia Licenciada Bernarda Pirovano, cuando hablamos de personas con discapacidad estamos resaltando el concepto de persona, con destino trascendente y sujeto de derechos y obligaciones más allá de sus capacidades. En este sentido la discapacidad es una alteración de alguna de sus facultades o capacidades,

acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”

pero no se pierden las características de personas. Cuando se habla de discapacitado, se elimina a la persona no dejando alternativa de superación, es como decir: “el inútil, o el incapaz” en definitiva la terminología utilizada por el dictamen de mayoría es la correcta y la aceptada por el Real Patronato de Atención y Prevención a personas con minusvalías que es el máximo organismo de habla Hispana sobre el tema.”⁴⁴⁴

El convencional **Ángel Marcelo Bassani** dedicó un párrafo de su inserción a la temática en análisis: “En un nuevo inciso de este artículo 67 se prevé la atribución constitucional expresa para implementar políticas y programas tendientes a lograr la igualdad real de oportunidades y de trato. Es lo que se llama comúnmente la “discriminación inversa o positiva”, consistente en la implementación de las llamadas “cuotas benignas”, es decir, determinados beneficios legales para grupos socialmente discriminados de hecho. Estas modalidades de acción afirmativa o positiva, tienen al decir de Néstor SAGUES una doble justificación: a) para lograr una suerte de reparación histórica a centurias de intencionada y perniciosa discriminación contra ciertos grupos; b) como herramienta de construcción de una sociedad más justa e integrada (conf. ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL, Tomo II, Ed. Astréa, 1993, Pág. 196). Esta herramienta puesta en manos del Congreso Nacional lo ha sido a los efectos de favorecer especialmente la situación de las mujeres, de los niños, de los ancianos y de las personas con discapacidad.”⁴⁴⁵

En su inserción el convencional **Iván José María Cullen**, volvió a plantear que la regulación constitucional de las medidas de acción positiva implica modificar el principio de igualdad, lo que se encon-

⁴⁴⁴ Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Alberto Gustavo Albamonte, p. 3095.

⁴⁴⁵ Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Ángel Marcelo Bassani, p.3103.

traría excluido de tratamiento por la ley que habilito la reforma de la Constitución Nacional.⁴⁴⁶

La inserción presentada por la convencional **Cecilia Norma Lipszick** fue analizada en conjunto con su intervención en el recinto.⁴⁴⁷

Finalmente, la convencional **María Cristina Vallejos**, expresó la última opinión de la Convención sobre el nuevo inciso del artículo 67 del texto constitucional, al afirmar: “En cuanto a las medidas de acción directa, considero conveniente que la promoción de la eliminación de toda forma de discriminación debe efectivizarse en hechos y/o normas que permitan la igualdad real de todas las personas. Por eso la Constitución, en el nuevo inciso que se agrega al artículo 67 contempla estas medidas particularmente para las mujeres, los niños, los ancianos y las personas con discapacidades.”⁴⁴⁸

3.3. 34° Reunión. 3° Sesión Ordinaria (Continuación). 19 de agosto de 1994. Segundo párrafo del artículo 75, inciso 23 de la CN

En la sesión del 19 de agosto de 1994 la Convención Constituyente se presentó el dictamen de comisión con la finalidad de actualizar y armonizar el texto de la carta magna, entre otros el artículo 67 que en su inciso 23 incorpora el texto de las medidas de acción positivas.

Hubo dos despachos en disidencia parcial, uno presentado por los señores convencionales **López de Zavalía** y otros⁴⁴⁹ –por un lado– y de

⁴⁴⁶ Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Iván José María Cullen, p. 3137. Al respecto dijo: “En cuanto al nuevo inciso que consagra las “medidas de acción positiva” habida cuenta que se trata de una extensión del principio de igualdad, estimo que incluye un tema no habilitado por la Ley 24.309. En este punto no puedo votar por la negativa dada la firme convicción favorable al reconocimiento de la “igualdad sustancial” pero por las circunstancias expuestas habré de abstenerme.”

⁴⁴⁷ Ver referencia respectiva.

⁴⁴⁸ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional María Cristina Vallejos, p.3174.

⁴⁴⁹ Acta de Sesiones (34), dice la disidencia parcial: “Al inciso 12 (nueva numeración) del artículo 67: El respeto por la vida y por la integridad física y psíquica del ser humano, desde el momento de la concepción y hasta la muerte, constituye el principio fundamental de interpretación de la legislación nacional. Al inciso 23 (nueva numeración) del artículo 67: Proteger la vida humana desde la concepción

los Convencionales **Aníbal Ibarra** y **Estévez Boero**, quienes –por otro lado– propusieron el siguiente agregado: “Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo hasta la edad de su educación básica, y de la mujer durante el embarazo y tiempo de lactancia.”⁴⁵⁰

La propuesta de **Aníbal Ibarra** y **Estévez Boero**, con el posterior agregado de las palabras “desde el embarazo”, fue el texto que finalmente se incorporó a la Constitución Nacional como segundo párrafo del artículo 75, inciso 23.

El miembro informante de la Comisión de Redacción, convencional **Carlos Corach**, anticipó que: “el inciso 23, segunda parte, añadida en función de la implementación de las medidas de acción positiva que son la materia de la primera parte, a continuación, va a ser informada por el señor convencional Barra, con la colaboración del convencional don Alberto García Lema”⁴⁵¹

El convencional **Rodolfo Barra** informó la incorporación del nuevo párrafo de la siguiente manera: “Los derechos reconocidos por la Constitución, señor presidente, y por los que hoy podemos denominar tratados constitucionales –esto es, aquellos que están enumerados en el inciso 22, que también fue aprobado por esta Convención Constituyente– hoy protegen, ya sin lugar a dudas, al niño desde el momento de la concepción. Otros tratados internacionales protegen a la mujer, en especial, en su condición sagrada de madre y, expresamente, también durante el embarazo. Por ello, señor presidente, esta inclusión es razonable y necesaria, ya que viene a satisfacer un indudable requerimiento social que alcanza a la madre embarazada –casada o soltera– y al niño, a través de su

y dictar un régimen de seguridad social, especialmente en protección de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia y del niño en situación de desamparo hasta la finalización del período de enseñanza elemental. Fernando J. López de Zavala. - Ricardo J. G. Harvey. - Hilario A. Murazabal. - Pablo J. A. Bava.”

⁴⁵⁰ Acta de Sesiones (34), p. 4594 y 4594.

⁴⁵¹ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Carlos Corach, p. 4595.

madre. De esta manera damos respuesta a inquietudes que se han manifestado en distintas ocasiones durante el debate en las sesiones de la Convención Constituyente, y ponemos así en aplicación –para una situación concreta y de particularísima importancia como es el por nacer en situación de desamparo en razón de que su madre también está en situación de desamparo– una propuesta, una encomienda, un mandato al Congreso, para que dicte las medidas necesarias para atender esa delicada situación.”⁴⁵²

Complementó los fundamentos del agregado el convencional **Alberto M. García Lema**, quien dijo: “Efectuando una síntesis de los derechos y principios contenidos en los pactos que hoy tienen jerarquía constitucional –a los que me he referido–, en primer término, resulta, con absoluta claridad, la vinculación entre el derecho a la vida y la protección que debe recibir el niño. En segundo lugar, queda en claro la relación entre el desarrollo cultural del niño con la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria. En tercer término, que las medidas de protección del niño pesan como obligación para su familia, la sociedad y el Estado. Esto también es importante porque en la legislación que se dicte no es imprescindible que solamente se implemente un sistema de seguridad social estatal, sino que puede también coordinar las distintas iniciativas sociales que ya existen en nuestro medio o que puedan existir en el futuro en la materia. En cuarto lugar, debemos tener en cuenta que la República Argentina ha contraído compromisos con otros estados de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga. En quinto término, hay que recordar que cuando sea necesario en esta materia podrán recibirse aportes dentro del marco de la cooperación internacional. De modo que la comunidad internacional podrá brindar su apoyo, tal como acontece actualmente en una serie de programas que tienen vinculación directa o indirecta con esta materia. Este mecanismo, consistente en enunciar por un lado los

⁴⁵² Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Rodolfo Barra, p. 4596.

derechos protegidos que establece la Constitución –lo que ahora se hace mediante los pactos internacionales a los que se ha concedido rango constitucional– y disponer por otro que el Congreso de la Nación dicte una legislación sobre esta materia, ya ha sido utilizado en el pasado. Por ejemplo, en el artículo 14 bis de la Constitución se establece la protección integral de la familia y los beneficios de la seguridad social, a lo que luego se agregaron otros conceptos que implican un beneficio. Tal el caso de las asignaciones familiares y las asignaciones por maternidad o posparto. Debe entenderse que la mayor parte de estas asignaciones se extienden al trabajador dependiente; por lo tanto, no existe una cobertura integral, que precisamente es el propósito buscado por esta norma.”⁴⁵³

Explicó luego los propósitos del nuevo texto: “Se pretende proteger situaciones de desamparo, es decir, aquellas que no son atendidas por la legislación vigente o que, por lo menos, no están cubiertas de modo suficiente. Esta propuesta se apoya en numerosos proyectos que se han presentado en esta Convención Constituyente que, de alguna manera, han quedado sintetizados en la norma proyectada. Se han presentado proyectos referidos a la seguridad social en beneficio de los niños, sobre la protección del niño, sobre la protección de la madre y sobre la protección de la familia. Esa norma, entonces, de alguna manera viene a sintetizar esa protección que han pretendido otorgar numerosos convencionales con los proyectos que han presentado. Finalmente, corresponde decir que estamos utilizando el vocablo “actualización” en la reforma del artículo 67 en su sentido más estricto. Actualizar quiere decir llevar las cosas a su estado contemporáneo. Pues bien; lo que estamos planteando es una reforma de las facultades del Congreso de la Nación, que nos permita llevar, en esta materia, las cosas al estado en que han sido concebidas en los nuevos derechos que ahora tienen rango constitucional, a partir

⁴⁵³ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional García Lema, p. 4596 y 4597.

de la incorporación a la Carta Magna de las convenciones y de los tratados internacionales.”⁴⁵⁴

A continuación, tomó la palabra el convencional por la Provincia de Jujuy, **Humberto Elías Salum**, quien expuso la posición del bloque de la Unión Cívica Radical, prestando apoyo a la incorporación del texto como segundo párrafo del artículo 67. Dijo: “Entro a este debate con el único fin de referirme a los aspectos médico-asistenciales de la norma en consideración. Para mí no tiene otro sentido ni alcance que no sea la incorporación de una nueva disposición constitucional que tutele y proteja la salud del niño y la mujer embarazada. Es por todos conocida la situación de pobreza y marginalidad que atraviesa un amplio sector de la población y que hace imprescindible y necesario que el Estado acuda en apoyo de los habitantes con la financiación necesaria y suficiente. Asimismo, que evite que estas deficientes condiciones de vida lleven a la destrucción del grupo familiar, siendo éste el elemento básico formativo, el molde natural donde debe forjarse la personalidad del menor. El deterioro en la personalidad, determinado por fallas del grupo familiar, se convierte en agente generador de conductas minoriles desviadas, sean o no de carácter delictivo. Además, la desintegración de la familia, su mala conformación por la presencia del factor de ilegitimidad, su inestabilidad y la existencia de estados conflictivos en su seno, determinan situaciones de abandono. Veo con satisfacción que en mi banca se encuentra un dictamen que viene a llenar una sentida necesidad y plasma en la Constitución Nacional un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. Ello significa poner una bisagra a la salud de los argentinos, porque con esta norma constitucionalizamos un plan materno-infantil, largamente anunciado y esperado por la población, el que, a pesar de las leyes que distintos gobiernos dictaron en relación con la protección del niño

⁴⁵⁴ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional García Lema, p. 4598.

y de la madre, en muchas provincias argentinas no se aplican ni se cumplen en su totalidad.”⁴⁵⁵

Agregó: “Es necesario delinear la estrategia a seguir en la protección de la salud de la madre y el niño, aplicando medidas de probada eficacia con el propósito de controlar los principales obstáculos en la atención médica de este grupo, las que tendrán su base fundamental en la implementación de este sistema de seguridad social especial e integral. Se debe aplicar un plan de asistencia alimentaria para prevenir y tratar la desnutrición infantil y materna a través de una acción efectiva del Estado destinada a los grupos más expuestos al riesgo de enfermar y morir. Con la incorporación de esta cláusula en nuestra Constitución, estamos dando la posibilidad a nuestros gobernantes de implementar planes sociales imprescindibles para mitigar el estado de necesidad de la población dentro de un marco institucional, cuya aplicación sea obligatoria y no dependa de la sensibilidad del gobernante de turno ni de planes de gobierno que consideren la seguridad social como un gasto y no una inversión para el futuro.”⁴⁵⁶

En apoyo a la intervención del convencional Salum por el bloque radical, tomó la palabra el Convencional y ex presidente de la Nación, **Raúl Ricardo Alfonsín**, quien dijo: “Debo reconocer que en mis años mozos ví como florecían –por lo menos en la provincia de Buenos Aires y creo que bajo el gobierno del doctor Mercante– los centros materno infantil que prestaban colaboración extraordinaria a la madre y al niño. Esto abre la posibilidad de volver, como dijo muy bien el señor convencional Salum, a una actividad de este tipo. Queremos dejar perfectamente aclarado que se ha cambiado el criterio, y que ahora la vida se defiende a través de un esfuerzo que realizará la sociedad y el Estado, para dar a la madre y al niño la posibilidad de desarrollarse

⁴⁵⁵ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Humberto Elías Salum, p. 4598/4599.

⁴⁵⁶ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Humberto Elías Salum, p.4599.

tranquilamente en el entendimiento de que, al menos, va a obtener el apoyo mínimo, necesario y fundamental.”⁴⁵⁷

Por su parte, el convencional bonaerense **Carlos Alberto Camillo Auyero**, en representación del Bloque del Frente Grande, dio a conocer la postura de su partido, que básicamente consiste en sostener que el tema –vinculado al momento a partir del cual se considera que existe el derecho a la vida– no se encuentra habilitado para su tratamiento en la Convención Constitucional. Dijo: “En consecuencia, anticipo que vamos a proponer como moción –considero que no se encuadra en lo que sería una moción de orden– que antes de la votación se determine que el tema del inciso 23 no está habilitado y que, por lo tanto, no debe ser tratado. Pero la peor opinión sobre un tema instalado, que no instalamos nosotros y que no era nuestra intención perturbar a la Convención con su tratamiento, es el silencio. En consecuencia, no queremos acompañar nuestra palabra con un voto confuso. Por ello, de no prosperar la no habilitación del tema, nuestro bloque no puede expedirse en este tema en particular porque el articulado del inciso no fue debatido en comisión, ésta no está habilitada para expedirse al respecto y su redacción es confusa. Todos defendemos la vida. No nos corramos con la muerte. No es justo.”⁴⁵⁸

A partir de allí se repiten intervenciones en las que se fundamenta en favor del derecho a la vida, en contra de la legalización del aborto⁴⁵⁹ y especialmente la distinción entre la protección desde la concepción o desde el embarazo⁴⁶⁰.

La discusión de fondo, que se materializó en el segundo párrafo del artículo 67 de la CN, es la del aborto y la afectación del derecho a la vida desde la concepción, tema sobre el que no abundaré ya que no está vinculado con el objeto de estudio en esta tesis. Sólo a modo de

⁴⁵⁷ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Raúl Ricardo Alfonsín, p. 4600.

⁴⁵⁸ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Auyero, p. 4614.

⁴⁵⁹ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Auyero, p. 4615.

⁴⁶⁰ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Auyero, p. 4615.

ejemplificar el tenor de la discusión al respecto, transcribiré algunas de las intervenciones de los convencionales constituyentes.

El convencional **Raúl Ricardo Alfonsín**, por ejemplo, manifestó: “La cláusula que estamos considerando ha sido el resultado de extensas conversaciones e intercambio de ideas que, en algún momento, se mezclaron con proyectos que establecían criterios vinculados con el tema de la vida y, otros, referidos al aborto –tema que nuestro bloque consideró que no se encuentra habilitado para la consideración de esta Convención, tal cual se pronunció, según tengo entendido, la Comisión de Redacción– en los que se fijaba su penalización... Es por eso que estamos de acuerdo en votar afirmativamente este proyecto, que no le dice a la Legislatura que penalice el aborto o que libere cualquier posibilidad de aborto, sino que se trata de una iniciativa que podría estar perfectamente vinculada a la legislación de un país que acepta el aborto, como es Suecia, y también podría estarlo a la de un país como Irlanda, que lo prohíbe. Estamos defendiendo la vida y estamos trabajando de la manera más importante, que es la única que concebimos como posible para que se evite la tragedia del aborto, pero no a través de la penalización sino del auxilio y la asistencia del Estado argentino.”⁴⁶¹

En representación del Bloque del Frente Grande, el convencional **Carlos Alberto Auyero** dijo: “No hay duda de que el tema que nos perturbó después de la votación del Núcleo de Coincidencias Básicas fue el que todavía está pendiente: la extensión y los alcances de la vida en el seno materno. No voy a entrar en él porque considero que no está habilitado... Pero nada impide legislar en este tema. El hecho de que no figure el inciso 23 no nos impide legislar sobre esta cuestión.”⁴⁶²

Entre los que promovieron la discusión sobre el aborto desde una postura de defensa del derecho a la vida desde la concepción

⁴⁶¹ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Raúl Ricardo Alfonsín, p. 4600.

⁴⁶² Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Carlos Alberto Camilo Auyero, p. 4615.

en el seno materno se destacan el convencional Fernando J. López de Zavalía⁴⁶³; Pablo Juan Ángel Bava⁴⁶⁴; Néstor Adrián Sequeiros⁴⁶⁵; Horacio E. Conesa Mones Ruiz⁴⁶⁶; Gabriel Joaquín Llano⁴⁶⁷; Teresa

⁴⁶³ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Fernando J. López de Zavalía, p. 4601. Dijo: “Señor presidente: tenemos también otras disidencias, pero teniendo en cuenta el breve tiempo que disponemos, me veo obligado a limitar mi intervención al tema que tiene mayor importancia desde nuestro punto de vista, que es el derecho a la vida... Quienes sostenemos el lema popularmente conocido hoy como “defensa de la vida”, intentamos incorporar este principio en diversos textos a lo largo del debate en esta Convención. Recuerdo a los señores convencionales que coinciden con nuestro pensamiento que constantemente recibíamos promesas de postergación.”

⁴⁶⁴ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Pablo Juan Ángel Bava, p. 4606. Dijo: “El proyecto que vamos a sostener en el recinto –porque desde ya en nombre del bloque del MODIN digo que no vamos a adherir al de mayoría–, complementario del análisis realizado por el señor convencional López de Zavalía, al referirse al inciso 23 del artículo 67 dice: “Proteger la vida humana desde la concepción y dictar un régimen de seguridad social, especialmente en protección de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia y del niño en situación de desamparo hasta la finalización del período de enseñanza elemental.” Como puede verse, este es un criterio muy diferente al que en definitiva se ha plasmado en el dictamen de mayoría. Nuestra iniciativa realmente intenta proteger la vida humana desde la concepción y al feto en el seno materno. El otro proyecto no, señor presidente, porque es evidente que ha dejado la puerta abierta para que al menos hasta el tercer mes de embarazo se puedan practicar en el vientre materno cualquier tipo de tropelías, sobre todo la tropelía mayor que consiste en matar a una persona por nacer.”

⁴⁶⁵ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Néstor Adrián Sequeiros, p. 4607. Dijo: “La discusión acerca del momento de la concepción ya está absolutamente zanjada científicamente, y quiero en este sentido reafirmar las palabras de la Academia Nacional de Medicina, que en el informe distribuido por Telam el 1º de agosto sostiene que la vida humana comienza con la fecundación, y esto es un hecho científico con demostración experimental, siendo que lo experimental es lo que da el carácter de hecho científico en las ciencias biológicas. Por eso –continúa– el aborto representa un acto en contra de la vida, y la única misión de cualquier médico es proteger y promover la vida humana, nunca destruirla. Agregaría yo, nunca asesinarla.”

⁴⁶⁶ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Horacio E. Conesa Mones Ruiz, p. 4621. Dijo: “Adherimos fervorosamente al derecho a la vida desde la concepción. Rechazamos falsas imputaciones. Algunos, que se catalogan como defensores de la vida, quieren omitir el tratamiento de este tema por razones procesales; dicen que es un tema cuyo tratamiento no fue habilitado por la ley que declaró la necesidad de la reforma, pero el derecho a la vida siempre estará habilitado, y más en esta Convención Constituyente.”

⁴⁶⁷ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Gabriel Joaquín Llano, p. 4626. Dijo: “Señor presidente: decía que se ha tomado como eje principal de este debate el tema relacionado con el derecho a la vida.”

Camila Peltier⁴⁶⁸; Ana María Vega de Terrones⁴⁶⁹; Nancy B. Avelin de Ginestar⁴⁷⁰; María A. Pitte de Landa⁴⁷¹, entre otros.

⁴⁶⁸ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Teresa Camila Peltier, p. 4627. Dijo: “No estamos discutiendo si el aborto es bueno o malo; el tema es mucho más amplio y general. Estamos hablando del derecho a la vida, y sé que ese es el sentido que perseguimos todos los señores convencionales. La diferencia radica en cuándo comienza la vida... Por nuestra parte, creemos que el derecho a la vida es fundamental, porque sin vida hay imposibilidad de ejercer cualquier otro tipo de derecho... Simplemente queremos que sea consagrado expresamente el derecho a la vida desde la concepción y hasta la muerte natural”.

⁴⁶⁹ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Ana María Vega de Terrones, p. 4632. Dijo: “Señor presidente, señores convencionales: como ya lo manifestara el señor presidente de mi bloque, sistemáticamente hemos tratado de incorporar en diversas oportunidades en el texto constitucional una cláusula expresa que defienda la vida desde la concepción hasta la muerte natural, y esa lucha que hemos venido teniendo no tiene autoría.”

⁴⁷⁰ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Nancy B. Avelin de Ginestar, p. 4644. Dijo: “Por último, solicito la inserción de una investigación realizada por el Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo. Ante un pedido nuestro para abordar científica y jurídicamente el tema de la defensa a la vida desde el mismo momento de la concepción, nos han enviado una recomendación muy extensa, muy puntual y concreta, con datos correspondientes a investigaciones científicas de último momento, donde sugiere que se incluya en la Constitución el siguiente texto: “La vida humana debe ser respetada y protegida absolutamente desde el momento de la concepción y hasta el momento de su muerte natural.” Señor presidente: luego de haber leído los fundamentos que remite respecto de la protección jurídica del embrión humano y de la protección jurídica del genoma humano, he tomado real conciencia de la gravedad que esta cuestión implica, no ya sólo por el tema del aborto –que significa quitar la vida a una persona que existe, porque existe desde el momento de la concepción según lo establecen todos los científicos, y voy a permitirme leer una frase al respecto–, sino por todo lo que viene detrás de producido un aborto.”

⁴⁷¹ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional María A. Pitte de Landa, p. 4660. Dijo: “Señor presidente: se es persona desde el momento mismo de la concepción. Eso ha sido defendido durante el día de hoy por distintas voces con tonadas diferentes, pero todas resguardando el futuro de la Patria. Los fundamentos esgrimidos han sido jurídicos, científicos y teológicos... Antes de concluir volveré a citar a Sebastián Di Francesco, quien aludiendo a von Streng dice del niño: “...él ha encontrado bajo el corazón palpitante y amoroso de la madre su primera cuna, cuna bien protegida, cómoda, tranquila. Es esa la primera cuna designada y destinada por Dios creador al pequeño ser, que contiene en sí todos los atributos para que pueda crecer, desarrollarse y completarse”. Por eso, hermanos y hermanas argentinos, que no se diga de nosotros lo que se dijo en Sidney, que el lugar más peligroso para los Australianos es el vientre de su madre.”

Otra cuestión que se discutió en la Convención referido al texto a incorporar en el inciso 23 del artículo 67 de la CN, es la referencia a “embarazo” o “concepción”, en cuanto inicio de las políticas de protección de los niños, controversia que si bien hace referencia a la propuesta de la mayoría, tiene como trasfondo el ya mencionado del inicio de la vida y su protección jurídica.

El convencional del MODIN por la provincia de Buenos Aires, **Pablo Juan Ángel Bava** realizó el planteo: “Al señalar que se trata de un texto lavado me decía que el segundo párrafo del inciso 23 ha sido la consecuencia del cambio introducido en el texto original. En él se decía “desde la concepción” y ahora se señala “desde el embarazo”. Tan claro es el remedio que no está armonizado con el resto del texto del párrafo a punto tal que parece hacer referencia a la protección del niño embarazado hasta la conclusión de su enseñanza elemental. ¡Pero que texto ridículo, señor presidente!”⁴⁷²

En igual sentido opinó el Convencional **Néstor Adrián Sequeiros**: “Tengo en mis manos el dictamen de mayoría, en el cual ha sido tachada la expresión “desde la concepción”, siendo sustituida por “desde el embarazo”, mención absolutamente imprecisa tanto médica como jurídicamente. Esto configura una burla inaceptable y por eso estuve a punto de ni siquiera venir al recinto. No quiero que se sigan burlando de nosotros, de la razón y del sentido común”⁴⁷³ Agregó en otra de sus intervenciones que: “Señor presidente: es cierto lo que expresó el señor convencional Peña en cuanto a que el derecho a la vida desde la concepción está incluido en la Constitución –indirectamente, pero tiene efecto– a través de los tratados internacionales, aunque el día de mañana pueden caducar. Pero este nuevo inciso tiene mucho que ver con el tema de los tratados internacionales, toda vez que los relativiza. Digo esto porque al introducir la palabra “embarazo”, puede aplicarse a partir del segundo o tercer mes, según el certificado, y a partir de ese

⁴⁷² Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Pablo Juan Ángel Bava, p. 4605.

⁴⁷³ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Néstor Adrián Sequeiros, p. 4607.

momento se sienta jurisprudencia, con lo cual de hecho queda abolido lo que se expresa en dichos tratados.”⁴⁷⁴

Una lectura alternativa hizo el Convencional por Capital Federal, **Daniel Alberto Peña**, al hacer esta pregunta: “la cláusula del inciso 23 está complementando lo establecido en los pactos internacionales con las medidas de acciones positivas, con la asistencia al niño desde el momento del embarazo de la madre. ¿Cuándo se produce el embarazo si no es a partir de que se concibe al niño?”⁴⁷⁵

Por su parte el Convencional por Córdoba **José Tanus Rufeil**: “Señor presidente: todos saben que estoy en favor de la vida entendida desde la concepción hasta la muerte natural. (*Aplausos*) Pero como médico deseo señalar que no me queda ninguna duda de que el texto propuesto es la consagración del reconocimiento y de la protección de la vida desde el momento de la concepción. El embarazo no es otra cosa; así surge del texto en tratamiento. En mi opinión las expresiones “embarazo” y “concepción” son sinónimos.”⁴⁷⁶

El convencional **Alejandro Jorge Vásquez** agregó un argumento a la disputa: “La primera referencia que voy a realizar se relaciona con el hecho de que el Código Civil vigente en la República desde 1871 a través de la ley 340 establece claramente que son personas por nacer las concebidas en el seno materno; no habla de embarazo sino de concepción.”⁴⁷⁷

También se objetó la referencia en el texto al “período de enseñanza elemental” en la intervención del convencional **Alfredo Bravo**. Explicó: “Si seguimos en esta contraposición de argumentos a favor y en contra quiero señalar dos cosas. Estamos discutiendo un agregado en el inciso 23 que dice: “Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.” Si nos atenemos a la letra

⁴⁷⁴ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Néstor Adrián Sequeiros, p. 4611.

⁴⁷⁵ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Daniel Alberto Peña, p. 4610.

⁴⁷⁶ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional José Tanus Rufeil, p. 4612.

⁴⁷⁷ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Alejandro Jorge Vásquez, p. 4624.

de la ley y al contenido de este artículo me parece que es innecesario abrir el debate y extenderse sobre algo que seguramente vamos a apoyar y sobre lo que probablemente vamos a pedir a la sociedad que nos acompañe, pero si nos atenemos a esto en particular creo que muchos de los señores convencionales han quedado fuera del tema. Además, sostengo que esta redacción es pésima. Se habla del período de enseñanza elemental que, en realidad, no existe. Se va a proteger algo que no existe. En todo caso, debería hablarse del nivel de educación general básica, que es el que abarca desde el último año del jardín de infantes hasta el segundo año de lo que conocemos ahora como escuela secundaria. Al margen de ello, colocar a la madre por debajo del concepto del desamparo del niño es contraproducente. Según se ha explicado muy bien en este recinto, ese niño tiene origen en el seno materno. No es una invención ni ningún milagro. Se produce por una relación natural; es un hijo natural que está en el seno materno, razón por la cual debo defender primero a quien lo está gestando y va a dar a luz esa vida. Luego, se debe proteger al niño hasta el nivel general de enseñanza básica.”⁴⁷⁸

Finalmente, esa noche se cerró el debate vinculado con la Orden del Día N°14 y se aprobó el siguiente texto del inciso 23 del actual artículo 75 de la CN:

“23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”

⁴⁷⁸ Acta de Sesiones (34), intervención del Convencional Alfredo Bravo, p. 4638.

3.4. 32ª Reunión -3ª Sesión Ordinaria del 17 de agosto de 1994. Art. 37 CN

El convencional **Antonio Isaac Guerrero** hizo la presentación de la propuesta normativa en su condición de miembro informante del dictamen de mayoría⁴⁷⁹, afirmando –en relación a la incorporación de acciones positivas respecto de la mujer en la regulación electoral, que aquí nos interesa– que: “La Comisión interpreta que la participación de la mujer, reflejada en el dictamen, debe estar garantizada por las acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y los regímenes electorales. En este sentido, no se podrá retroceder en lo referido al porcentaje de representación de la mujer, ya que no podrá ser inferior al vigente, sancionado antes de esta reforma.”⁴⁸⁰

El convencional salteño **Ennio Pedro Pontussi**, manifestó su disconformidad al respecto, con los siguientes argumentos: “El otro asunto importante que nos separa también del dictamen de mayoría, es que no consideramos necesario –como lo establece dicho dictamen– la indicación de la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos políticos. Pensamos que esto significaría desconocer lo que está prescripto en el artículo 16 de la Constitución Nacional donde se establece que todos los ciudadanos son iguales ante la ley.”⁴⁸¹

Por la provincia de Mendoza, el convencional **Richard Gustavo Battagion**, si bien sostuvo acompañar este tipo de políticas a nivel legislativo, no consideró apropiado dejarlo sentado en el texto constitucional. Dijo:

⁴⁷⁹ Acta de Sesiones (32), texto propuesto por el despacho de mayoría: “Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral. *Cláusula transitoria:* Las acciones positivas a las que alude el artículo... (ut supra) en su párrafo tercero no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine.” (el subrayado me pertenece).

⁴⁸⁰ Acta de Sesiones (32), intervención del Convencional Antonio Isaac Guerrero, p. 4368.

⁴⁸¹ Acta de Sesiones (32), intervención del Convencional Ennio Pedro Pontussi, p. 4370.

“Seguramente en esta Convención se habrá de recrear un debate polémico y apasionado –aún vigente en el seno de la sociedad argentina– cuál es el referido al denominado cupo femenino. Aclaro que en lo relativo a esta cláusula del sistema electoral no me anima el propósito de rechazarla. Por el contrario, en oportunidad de considerarse este tema en la Legislatura de Mendoza voté en forma afirmativa. No obstante, entiendo que la consideración de esta cuestión que ahora se pretende hacer es distinta a la dada al sancionarse la respectiva ley. Este caso es similar al de la obligatoriedad; algo a lo que ya aludí al comienzo de mi exposición. Es muy distinto alentar la presencia de la mujer en los cuerpos colegiados del sistema republicano de gobierno, que consagrar el tema en la Constitución Nacional. La diferencia radica en la necesaria e inevitable transitoriedad que debe tener esta cláusula cuyo propósito final es corregir una situación circunstancial como es que las mujeres no estén suficientemente representadas en los cuerpos colegiados. Sabemos que nuestra sociedad está compuesta por una proporción similar de hombres y mujeres. También somos conscientes de que la mujer nada tiene que envidiar al hombre en cuanto a su capacidad para desempeñarse en política o en cualquier otra tarea; sin embargo, la realidad nos indicaba que en las legislaturas provinciales, concejos deliberantes o en el Congreso de la Nación el sector femenino se encontraba representado sólo en un 2, 3 ó 5 por ciento. Por ello, a fin de que la representación popular fuese más auténtica y expresara mejor a la sociedad, en la legislatura mendocina no dudamos en acompañar con nuestro voto una ley transitoria que ponía en vigor el llamado cupo femenino. El hecho de incluir esta norma en la Constitución significa modificar el eje directriz de esta situación, porque ya no estaríamos hablando de una medida transitoria o promocional, que tiene por objeto corregir una cuestión puntual, sino que estaríamos cristalizando una auténtica discriminación de la que la mujer no es merecedora. Por las razones expuestas hemos presentado nuestro propio dictamen en el que no se incluye la cláusula referida al cupo femenino.”⁴⁸²

⁴⁸² Acta de Sesiones (32), intervención del Convencional Ricardo Gustavo Battagion, p. 4371. Agregó: “Si bien la Comisión de Redacción ha abreviado el texto original referido a este tema, a fin de hacerlo más simple –lo que nos llevaría quizá

La convencional por la provincia de Chubut, **Nora María Marcolini** sostuvo: “No es menor la garantía que estamos incluyendo en cuanto a la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos electivos y partidarios. El ejercicio del voto de las mujeres se generalizó recién en el siglo XX, y de esta forma concluyó una etapa en que la vida política era exclusivamente para los varones. Los roles familiares y sociales alejaban a las mujeres de la responsabilidad política, así como de otras de importancia. La irrupción de la mujer como elector significó nada menos que la duplicación del cuerpo electoral y una gravitante modificación de la conceptualización hacia campos más moderados y socializantes. El voto femenino fue establecido en la Argentina por la ley 13.010, sancionada en 1947, aunque recién se puso en práctica con la ley 14.302, de 1951, como expresara anteriormente. En 1983 el cuerpo electoral estuvo integrado por un 53 por ciento de mujeres. Sin embargo, los más altos organismos colegiados muestran aún una dispar presencia de mujeres en situación de gravitar sobre el desarrollo de políticas fundamentales para la vida de nuestro país. Es por ello que propiciamos que se establezcan acciones positivas tanto en cuanto a la regulación de los partidos políticos como en la sanción del régimen electoral, como forma de garantizar una integración más

a aceptarlo–, es inequívoca la referencia expresa que se hace respecto del cupo femenino, al que consideramos –repito– útil y saludable para la vida republicana, pero en la medida en que mantenga sólo jerarquía de ley, para que pueda ser suspendida cuando no se requiera como un instrumento que asegure la presencia de la mujer en los cuerpos colegiados. La performance que en esta Convención han tenido las mujeres argentinas provenientes de todos los rincones de la Nación abre camino para que en el futuro la participación femenina se logre de una manera más eficaz que la que puede otorgar cualquier ley de cupos que los hombres estemos dispuestos a conceder, ya que el sentido no debe ser el de garantizar la presencia de la mujer sino el de permitir que muestre sus enormes condiciones en igualdad de oportunidad con el hombre –al que supera en muchas ocasiones–, porque esa es la clave para que en el futuro contemos en los cuerpos colegiados con una presencia femenina superior inclusive a la lograda en esta Convención como consecuencia de la ley de cupos.”

plena e igualitarias y con posibilidades ciertas de acceso a cargos de responsabilidad pública.”⁴⁸³

En representación del bloque del MODIN, el convencional bonaerense **Pablo Juan Ángel Bava**, hizo conocer la opinión de su partido indicando la innecesaridad de establecer los cupos femeninos en materia electoral. Afirmó: “estamos totalmente de acuerdo con la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, pero con este comentario adicional: el Movimiento por la Dignidad y la Independencia –el MODIN– es el único que ha respetado escrupulosamente desde su creación que la mujer ocupe en sus listas el 33 por ciento o más de los cargos electivos. Por lo tanto, considero que es una *capitis diminutio* decir que hay que sancionar una ley para que a la mujer se le reconozca el cupo del 33 por ciento. Desde mi punto de vista, en la sociedad en que vivimos la mujer se ha ganado sobradamente el 33 por ciento, por lo que no es necesario incluirlo en la ley. Además, debemos aspirar a la excelencia, que en política puede estar representada por un hombre o también por alguien que lleve una pollera. Por estos motivos, el MODIN insiste con que las mujeres y los hombres tengan un lugar en las listas electivas por razones de capacidad, de su grado de sabiduría, de su sentido común y, fundamentalmente, de su amor a la patria y su actitud de servicio.”⁴⁸⁴

La convencional por la provincia de Santa Fe, **Marta N. Martino de Rubeo** (PJ) efectuó la fundamentación y defensa de la incorporación de las medidas de acción positiva a la que alude el artículo en discusión. Inicio su intervención dando las razones personales por las que trabajó en forma militante por la igualdad real entre la mujer y el hombre, lucha que le valió el mote de “comisaria de las acciones positivas”⁴⁸⁵. Dijo: “Como la cuestión de las acciones positivas y la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres ha sido altamente preocupante des-

⁴⁸³ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Nora María Marcolini, p. 4380.

⁴⁸⁴ Acta de Sesiones (32), intervención del Convencional Pablo Juan Ángel Bava, p. 4384.

⁴⁸⁵ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Marta N Martino de Rubeo, p. 4389.

de hace mucho tiempo para quien habla y objeto de actividad militante, aludiré específicamente a ella... Como mujer dedicada al derecho he conocido en el trayecto de mi profesión una sola forma de restablecer el equilibrio: mediante la ley. Vale decir, los seres humanos tenemos grandes cualidades y enormes defectos. Diría que en ese sentido estamos equilibrados, pero más allá de las buenas intenciones o manifestaciones que podamos tener, más allá de que aceptemos intelectualmente determinadas cuestiones, la única forma de que las respetemos es mediante una ley que brinde el marco que nos contenga. Por eso estimo que el único modo de reparar los desequilibrios es a través de las acciones positivas que nos dé el marco regulatorio de la ley.”⁴⁸⁶

Recurrió en su exposición a recorrer determinados hechos de la historia que son parte de la “memoria genética de la discriminación”. Tal recorrido lo inició 18 años ADC, cuando los romanos sancionaron la *Lex Julia*⁴⁸⁷, luego recordó la *Summa Teológica* de Santo Tomás de Aquino⁴⁸⁸, a San Bernardino durante el Renacimiento⁴⁸⁹ para

⁴⁸⁶ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Marta N Martino de Rubeo, p. 4385.

⁴⁸⁷ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Marta N Martino de Rubeo, p. 4386. Dijo: “Para no quedarnos en la inmediatez en cuanto a referencias históricas diré que en el año 18 antes de Cristo los romanos sancionaron la *Lex Julia*, según la cual el padre podía matar a la hija adúltera y el marido sólo si la encontraba dentro de su casa, si no debía llevarla al tribunal e incluso podía ser acusada por cualquiera.”

⁴⁸⁸ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Marta N Martino de Rubeo, p. 4386. Dijo: “Por supuesto que desde entonces han pasado muchos siglos y sería imposible aludir a todos ellos sucintamente, pero es interesante señalar que después del siglo XIII la situación de la mujer comienza a mejorar y es así que Santo Tomás en la *Summa Teológica* asegura que “el hombre es el principio de la mujer y su fin, así como Dios es el principio y fin de toda criatura, y ello a causa de la debilidad de su naturaleza, tanto mental como corporal”. En esto el santo seguramente lo que hacía era seguir las enseñanzas de Aristóteles, quien decía que nosotras, las mujeres, éramos medio ser humano. Yo estoy buscando la otra mitad.”

⁴⁸⁹ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Marta N Martino de Rubeo, p. 4386. Dijo: “Durante el Renacimiento San Bernardino se quejaba amargamente de la situación que vivían las mujeres y decía: “Conozco a hombres que tienen más consideración por una gallina que les ponga un huevo cada día que por su propia esposa”. Y agregaba: “Porque si ella dice una palabra más de las que él quiere oír, al punto toma él

desembarcar en la Revolución Francesa, Olympe de Gouges⁴⁹⁰ y el Código de Napoleón⁴⁹¹.

Ya en la historia de nuestra nación, destacó la insuficiencia de la igualdad establecida en el artículo 16 de la Constitución de 1853⁴⁹², repasó los logros en los derechos políticos de las mujeres promovidos por Eva Duarte y la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer en 1985⁴⁹³. El antecedente más cercano es

una vara y empieza a castigarla; y en cambio a la gallina, que cacarea el día entero sin cesar, la sufre con paciencia por amor de su huevo.”

⁴⁹⁰ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Marta N Martino de Rubeo, p. 4387. Dijo: “Podemos pegar un salto desde el siglo XIII para llegar a un hecho interesante que aconteció tres años después de la Revolución Francesa. El 3 de noviembre de 1793 era ejecutada en la guillotina Olympe de Gouges. Esta última y *madame* Rolland habían trabajado en grupos políticos que habían preparado y hecho posible la Revolución Francesa, en 1789. Un mes antes de que esas mujeres fueran condenadas a la horca, se firma un decreto por el que se prohíbe la existencia de clubes y de sociedades populares femeninas. A Olympe de Gouges se debe la famosa frase que dice que las mujeres deben tener derecho de subir a la tribuna –entendamos que es la tribuna política–, puesto que tienen derecho de subir al cadalso. Sin duda, ella subió al cadalso”.

⁴⁹¹ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Marta N Martino de Rubeo, p. 4387. Dijo: “Quisiera hacer una referencia al Código de Napoleón, antecedente de nuestro derecho civil. Napoleón, eco inmediato del pensamiento antimujer de la Revolución, expresado en el Monitor Universal –texto del 29 de brumario del año II– sostiene lo siguiente: la mujer no puede ser sino esposa y madre; de lo contrario, es un monstruo. Y en este Monitor Universal sostiene Napoleón que ellas –es decir nosotras– son nuestra propiedad y no nosotros la de ellas. Nos pertenecen, tal como el fruto del árbol pertenece a quien lo cultiva. ¡Qué idea loca pretender la igualdad de las mujeres! Las mujeres no son otra cosa que máquinas de producir hijos.”

⁴⁹² Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Marta N Martino de Rubeo, p. 4387. Dijo: “Yo no quisiera cansar a los señores convencionales con más citas históricas, pero creo que tendríamos que hacer ahora alguna referencia a los antecedentes jurídicos de este desequilibrio y de esta desigualdad a la que me referí al comienzo. El artículo 16 de la Constitución de 1853 dice que todos los habitantes de la Nación Argentina son iguales ante la ley. Sin embargo esto no fue posible para las mujeres sino muchos años después de la sanción de esta Constitución que hoy, afortunadamente, estamos reformando.”

⁴⁹³ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Marta N Martino de Rubeo, p. 4387. Dijo: “Recién durante 1947 y gracias al esfuerzo, el amor, el sentido solidario de esa mujer maravillosa que se llamó Eva Perón, las mujeres pudimos tener los derechos

la ley 24.012 del año 1991, en la que se aprobó el cupo femenino en la representación política.⁴⁹⁴

Por último, la convencional Martino de Rubeo se refirió a la transitoriedad de las medidas de acción positiva. Dijo al respecto: “Por otra parte, me quiero referir brevemente a un tema que hemos colocado en el dictamen como cláusula transitoria. Cuando nos referimos a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer hablamos de la transitoriedad de la norma y de la posibilidad de que se restableciera cuando la situación así lo indicara. Sin embargo, dado que me parece importante, quiero dejar constancia por si algún día es necesario que esta cláusula transitoria deje de tener vigencia, que los parámetros que se utilicen sean los dados por las organizaciones internacionales. Al respecto, una publicación de la Organización Internacional del Trabajo, entidad absolutamente reconocida, dice: “En efecto, de mantenerse constante el actual ritmo de aumento de la proporción de mujeres en los puestos de dirección, se requerirían 475 años para alcanzar la paridad entre hombres y mujeres en los círculos superiores de decisión política y económica”. Espero que

políticos que solo pudimos utilizar en 1952. En 1975 se inicia, al amparo de las Naciones Unidas, lo que fue el decenio de la mujer. En 1979 se elabora un tratado, que es la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, ratificada en 1985 por la ley 23.179. El artículo 4 de dicha Convención, dice: “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas. “Estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad, de oportunidad y de trato. Después nos vamos a referir a este tema, cuando hablemos de la cláusula transitoria. Esta Convención ya es parte de la Constitución porque la hemos incluido entre los tratados sobre derechos humanos. Ya tiene rango constitucional.”

⁴⁹⁴ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Marta N Martino de Rubeo, p 4387. Dijo: “También habría que referirse a que en 1991, a través de la ley 24.012, obtuvimos lo que se ha dado en llamar la ley de cupos. Y permítaseme aquí reivindicar el papel importante que vuelve a jugar mi partido, el Justicialista, y la decisión política del presidente Menem, que impulsa, apoya y, finalmente, dicta el decreto reglamentario para esta ley de cupo, que ha permitido que en este momento estemos sentadas en esta Convención, caso único en la historia de cuerpos similares, casi noventa mujeres.”

la transitoriedad de esta cláusula esté contenida en este informe de la OIT, es decir que la transición sea por 475 años.”⁴⁹⁵

Por la Provincia de Santa Fe realizó su intervención el convencional **Iván José María Cullen** que sobre los antecedentes comparados de regulación de acciones positivas afirmó: “Luego vienen el tercer párrafo y el cuarto, que es la cláusula transitoria. Aquí entramos en las acciones positivas, en las acciones afirmativas o –dicho con mayor claridad– en el principio de la igualdad sustancial. Pues bien, esto tal vez arranque –y seguramente es así– en la Constitución italiana de 1947, cuyo texto casi copia servilmente la Constitución de Santa Fe de 1962. En su artículo 8, la Constitución santafesina dice: “Incumbe al Estado remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la igualdad y la libertad de los individuos, impidan el libre desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la vida política, económica y social de la comunidad.” Estas son las acciones positivas: desigualar para igualar; colocar a todos –o tratar de hacerlo– en el mismo punto de partida, porque es la única forma de obtener la igualdad sustancial. En el mismo sentido apunta la Constitución española de 1978, en su artículo 9.”⁴⁹⁶

Luego desarrolla la evolución de estas políticas públicas en Estados Unidos de América, explicando lo siguiente: “La evolución que fue dando la Suprema Corte de Justicia norteamericana es sumamente interesante y arranca de algunos pronunciamientos de 1974 comentados por un gran jurista, Archibald Cox, en una serie de conferencias que dictara en la Universidad de Oxford, referidas a la igualdad y a las acciones afirmativas. Según su explicación, se trataba de un problema vinculado con cupos para estudiantes de color o de grupos minoritarios que tenían así preferencia para el ingreso a la Universidad de Washington. Este autor, conocido seguramente por ustedes porque fue el fiscal especial del caso Watergate, decía: “¿Qué decir de la respuesta según

⁴⁹⁵ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Marta N Martino de Rubeo, p. 4389.

⁴⁹⁶ Acta de Sesiones (32), intervención del Convencional Iván José María Cullen, p 4391.

la cual el candidato de la minoría no goza de una oportunidad igual a la del blanco porque la negativa discriminatoria de las oportunidades educativas, profesionales y culturales durante las pasadas generaciones lo ha obstaculizado seriamente en cualquier competencia de prematura realización intelectual?”

¿Qué nos está diciendo? Que cuando ha habido una discriminación, el peso de ella por el pasado no se supera sino con alguna preferencia que otorgue la legislación y que es, en definitiva, una especie de discriminación a la inversa. Esta terminología de discriminación a la inversa es la que surge del fallo de la Corte norteamericana ya en 1978 en el caso «Bake», donde también por un problema de cupos en la universidad, dice que es necesario contrarrestar los efectos de la discriminación social, y que por ello se hace imperativo atemperar o eliminar en lo posible los efectos inhabilitantes de tales discriminaciones. Este es el funcionamiento de las acciones afirmativas: cuando hay una discriminación, cuando hay una desigualdad, es necesario desigualar para igualar.”⁴⁹⁷

Luego analizó el principio de igualdad y los tipos de desigualdades existentes en nuestras sociedades. Dijo: “Pues bien; ¿cuáles son las desigualdades? ¿Las mujeres entran en estas desigualdades en lo que se refiere al acceso a los cargos políticos, o no? Existen dos tipos de desigualdades: primero, desigualdades de carácter natural que nada van a cambiar, que siempre van a estar y que, por eso, siempre van a requerir acciones afirmativas. Si hablamos de los niños, si hablamos de los ancianos o de los discapacitados, siempre habrá un hecho natural, propio de la condición de estas personas, que va a provocar o requerir acciones afirmativas para colocarlos en el mismo punto de partida. Segundo, desigualdades culturales; desigualdades de personas que son iguales naturalmente pero que la cultura de los hombres ha discriminado, provocando justamente la desigualdad. Aquí podemos inscribir, desde ya, las desigualdades por razones de raza y también las desigual-

⁴⁹⁷ Acta de Sesiones (32), intervención del Convencional Iván José María Cullen, p. 4391.

dades por razones de sexo. La mujer ha sido discriminada en el mundo y también, por supuesto, en nuestro país. Si observamos que ni siquiera tenía derechos civiles hasta que se sancionó la ley 11.357, y aún con ella, tampoco los obtuvo plenamente; que no tenía derechos políticos hasta 1948, sin ninguna duda, por un hecho de carácter cultural y no natural, la mujer es discriminada en el acceso a la actividad política. Esto, desde ya, justifica las acciones afirmativas.”⁴⁹⁸

A partir de esta distinción entre las desigualdades –naturales y culturales– ingresó a la cuestión de la temporalidad o transitoriedad de las medidas de acción positiva objetando su incorporación al texto constitucional. En síntesis: “Las desigualdades que tienen un fundamento natural –como la del discapacitado– van a requerir de acciones positivas que se pueden cristalizar en la Constitución. En cambio, las desigualdades de carácter cultural nunca pueden ser incluidas en la Carta Magna”⁴⁹⁹. Amplió: “Pero ocurre que cuando las acciones afirmativas responden a una desigualdad cultural y no a una desigualdad natural, necesariamente son temporales. Las acciones afirmativas no pueden ser definitivas cuando responden a un hecho cultural. La señora convencional Martino de Rubeo citó –y lo hizo bien– la ley 23.179, que ratifica la Convención contra la discriminación de la mujer. Y el artículo 4° lo dice claramente: “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, ...”. De esta manera se consagra la posibilidad de acciones afirmativas en desigualdades culturales. Luego agrega –y aquí la diferencia–: “... pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas iguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y de trato.” Este es el problema que tenemos en este dictamen. Hay una ley que establece un cupo para el acceso de la

⁴⁹⁸ Acta de Sesiones (32), intervención del Convencional Iván José María Cullen, p. 4391.

⁴⁹⁹ Acta de Sesiones (32), intervención del Convencional Iván José María Cullen, p. 4392.

mujer a los cargos políticos electivos que puede, incluso, ampliarse, reglamentarse o establecerse también para los cargos partidarios a través de la ley, porque se está tratando de reparar una desigualdad de carácter cultural. Pero nunca podemos llevar esta ley que, como toda norma, es temporal, a que se cristalice en la Constitución y hacer de estas medidas de acciones positivas para desigualdades culturales, una medida de acción positiva similar a las aplicables a los casos de desigualdades de carácter natural. En algún debate anterior, una señora convencional del sector de mi derecha –lo que no significa que sea de derecha; no sé si era del bloque del Frente Grande o del radicalismo– explicó, dijo, protestó, porque tratando la cláusula federal en estas medidas de acción positiva se equiparaba a la mujer con los discapacitados. En ese momento pocos señores convencionales le prestaron atención. Como todos recordarán, me abstuve de participar porque entendía que se trataba de un tema que no había sido habilitado por la ley que declaró la necesidad de la reforma para ser considerado por esta Convención Constituyente.”⁵⁰⁰

Respecto de la cláusula transitoria agregó: “Señor presidente: estaba manifestando que en el dictamen de mayoría existe una cláusula transitoria que dice lo siguiente: “Las acciones positivas a las que alude el artículo –se está refiriendo a la igualdad real de oportunidades entre hombres y mujeres para acceder a cargos electivos y partidarios– no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine.” Al leer esa cláusula pensé que tal vez los señores convencionales –y seguramente también la señora convencional Martino de Rubeo que conoce muy bien lo que se ha dispuesto en la Convención contra la discriminación de la mujer– han insistido para que se agregara este párrafo que le daría el carácter de temporalidad a la norma, lo que es imprescindible cuando se trata de superar una desigualdad de carácter cultural.”⁵⁰¹

⁵⁰⁰ Acta de Sesiones (32), intervención del Convencional Iván José María Cullen, p. 4392.

⁵⁰¹ Acta de Sesiones (32), intervención del Convencional Iván José María Cullen, p. 4393. Luego agregó al respecto: “Claro que puedo estar equivocado y que el dictamen puede ser interpretado de otra manera y ser, en definitiva, una simple acción positiva temporal,

Puso fin a su intervención de la siguiente forma: “Estamos cometiendo una enorme injusticia con la mujer si dictamos una norma caracterizada con una desigualdad natural. No tenemos por qué endilgar a las mujeres una característica de ese tipo. Más aún: al obrar de esa forma –desde ya que no es la intención de ninguno de los señores convencionales– estamos haciendo algo similar a lo que reflejaron las citas que tuvo a bien leer la señora convencional Martino de Rubeo, donde la mujer era considerada casi naturalmente como un ser inferior...Quiero ser tremendamente claro en esta conclusión, porque soy una persona que cree tener una formación muy sólida y una convicción muy íntima de lo que significa la igualdad de las personas y el repudio más absoluto a cualquier forma de discriminación. Estoy de acuerdo con las acciones positivas para reparar la desigualdad existente por la discriminación de la mujer como hecho cultural, pero voy a votar en contra de que esto se cristalice en la Constitución, porque significaría –de votar afirmativamente– que le estaría diciendo a las mujeres de mi patria que las considero parte de una desigualdad natural. Esto desde ningún punto de vista es así, y muchas mujeres comparten mi pensamiento.”⁵⁰²

Continuó en el uso de la palabra la convencional riojana **Isabel Marta Salina** (PJ) quien dedicó toda su alocución al establecimiento de las medidas de acción positiva respecto de la mujer en los ámbitos políticos. El fundamento de estas acciones afirmativas los expuso de la siguiente forma: “En el Concilio Vaticano II se sentó el apogeo de que entre el débil y el fuerte la libertad oprime y la ley iguala. Allí está el fundamento de las acciones positivas, las cuales son temporales y tienden a corregir las desigualdades reales; y si las dejamos andar se

propia de las desigualdades culturales. Sin embargo, me puse a estudiar esta cláusula transitoria y observé que si se cristaliza el cupo en la Constitución –lo que parece obvio–, y esa cristalización queda librada a lo que la ley determine, ¿para qué lo cristalizamos si una ley lo puede derogar? Si se cristaliza el cupo, y aquello que la ley determine en su temporalidad no está referido a ese cupo mínimo del 30 por ciento sino a un cupo máximo que pueda venir del párrafo anterior, estaremos cristalizando una desigualdad cultural con pautas propias de una desigualdad natural.

⁵⁰² Acta de Sesiones (32), intervención del Convencional Iván José María Cullen, p. 4393.

acentúan con el paso del tiempo. Para superar esa injusticia social y esa grave discriminación es necesario que se dicten normas positivas que sean capaces de cambiar el orden social de la patria. Estamos hoy tratando el tema del sistema electoral para dictar las normas, asumir los compromisos y pagar los costos que sean necesarios para lograr el cambio cualitativo, para que en lo sucesivo el pueblo –integrado por varones y mujeres– labre su futuro y asuma su presente.”⁵⁰³

En una medulosa intervención repasó el inicio de las luchas históricas de la mujer en nuestro país; “Desde principios de este siglo las mujeres argentinas salieron a las calles para reclamar el derecho a votar. Fue Julieta Lanteri de Renshaw, médica y farmacéutica, la que en 1919 logró cohesionar ese reclamo y fundó el primer partido feminista nacional. También en 1919 en mi patria se realizó el Primer Congreso Nacional de la Mujer y del Niño, donde las mujeres argentinas demostraron su compromiso con respecto a la problemática social. Fue Alicia Moreau de Justo –a la que llamaban la dama de los socialistas, pero a quien prefiero recordar como la dama de los argentinos– la que encabezó el movimiento sufragista nacional y la que llenó las plazas de mujeres que reclamaban por sus derechos políticos. Asimismo, Alfredo Palacios –el gran defensor de las causas nobles y sociales– fue quien desde el Congreso de la Nación apoyó este pedido de las mujeres argentinas. Fueron décadas de militancia, de reclamo persistente y coherente y con alto grado de concientización. No sólo esta causa era el reclamo social de la ciudadanía sensible de nuestro país; los partidos mayoritarios, quienes incorporaron al pueblo de la patria la fórmula de la ecuación del poder, fueron los que tomaron estas nobles banderas de la participación real de la sociedad argentina en el destino institucional y político del país. El 31 de agosto de 1939 los diputados radicales Miguel Ortiz de Zárate, Bernardino Horne, Leónidas Anastasi, Eduardo Araujo, Raúl Damonte Taborda y Alberto Saá propusieron un proyecto mediante el cual se instauraba el sufragio femenino. En la presentación de dicha

⁵⁰³ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Isabel Marta Salinas, p. 4397.

norma expresaban: “El ejercicio de los derechos políticos de la mujer no debiera tener contradictores. Es evidente que ésta se encuentra en condiciones de actuar con eficacia y con conciencia en las contiendas políticas de la Nación, elegir y ser elegida: ser elegida para poder ocupar cargos representativos en el Parlamento, en las legislaturas y en los concejos deliberantes, donde su capacidad y hasta diría su sensibilidad especial harán sumamente eficaz su actuación. Hay que levantar el nivel político de la Nación, transformar los métodos de propaganda electoral, interesar a todos los habitantes en sus problemas vitales, formar una democracia integral, para ello el aporte activo de la mujer será de indiscutible valor.”⁵⁰⁴

Continuó con los avances logrados a partir del inicio de los gobiernos de Juan Domingo Perón; “El general Perón irrumpe en la escena política nacional con el principio de que en 1946 se celebraría la última elección nacional sin la presencia activa de la mujer. Y fue el genio, la pasión y el talento de Evita Perón –paradigma de la mujer política, numen inspirador de generaciones pasadas, presentes y futuras– lo que hizo realidad, con su energía y capacidad política, el cambio cualitativo que significó la ley que otorgó los derechos políticos a la mujer. El peronismo no sólo incorporó a la mujer a la vida política, ensanchando de esa forma la base política y social, también dotó a la mujer, a la niñez y a los sectores más desposeídos del país de la seguridad social, que es la doctrina más avanzada en lo que respecta a la ética de la solidaridad, que hoy se llama seguridad humana y que Evita lo concretó en toda su obra de acción social. Fue Evita también, quien estando en Europa –específicamente cuando dejaba Madrid para dirigirse a Andalucía– dirigió un mensaje a las mujeres de España en el que señaló con toda sabiduría que el siglo XX no iba a ser recordado tanto por las dos guerras mundiales sino por el cambio cualitativo y social que iba a significar el acceso real de la mujer a las instituciones políticas, sociales y partidarias. Esta lucha universal que

⁵⁰⁴ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Isabel Marta Salinas, p. 4395.

hoy ocupa y preocupa al mundo para lograr la igualdad social, le está dando la razón a quien fue, es y será el espejo de virtudes de todas las mujeres políticas argentinas, porque Evita fue, es y será la inspiradora de estos grandes movimientos sociales.”

Repasó también el logro de la ley de cupo femenino del año 1991: “No es casual sino causal esta comunión de acciones de los partidos mayoritarios y populares de mi patria –la Unión Cívica Radical y el Partido Justicialista–, los que en este gran esfuerzo propenden a la transformación cualitativa de la vida institucional y política. La ley de cupos que establece un mínimo de participación femenina en las listas de los partidos políticos surgió como consecuencia del proyecto presentado por la senadora radical Margarita Malharro de Torres, quien, con la excelencia que la caracteriza, dijo que quería que ese fuera el proyecto de todas las mujeres argentinas. Desde esta banca digo a la señora Malharro de Torres que ella, con su voluntad, hoy se encuentra presente entre nosotros. Asimismo, el presidente de la República puso decisión y compromiso para que ese proyecto se transformara definitivamente en ley. Inclusive, el ministro del Interior, presente en esa sesión, manifestó que se encontraba ahí para impulsar que una norma escrita que consagraba la igualdad real derogara a una ley no escrita, pero con vigencia centenaria, que era aquella que decía que las mujeres no somos capaces de hacer las cosas como las realizan los hombres. Esos cambios cualitativos no se logran si no hay conjunción de voluntades nacionales, si no hay unidad de concepción, si no existe una cosmovisión filosófica de la vida que aúne voluntades y energías.”⁵⁰⁵

Pasó a relatar a continuación la lucha de las mujeres a nivel mundial, afirmando que: “La igualdad entre el varón y la mujer es una larga lucha en la historia de la humanidad. Platón en *La República* ya propugnaba la igualdad de los sexos en los derechos y obligaciones de los varones y las mujeres. John Stuart Mill en 1848 presentó un

⁵⁰⁵ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Isabel Marta Salinas, p. 4396.

proyecto al Parlamento inglés donde propiciaba el sufragio femenino. Al año siguiente perdió su banca, pero en 1867 ese petitorio contaba con más de tres millones de firmas; no olvidemos que estoy hablando del siglo pasado. La lucha de la mujer por lograr sus derechos conmueve por la perseverancia y excelencia. En nuestro país, recién en 1926 la mujer adquiere derechos civiles. En 1927 en la provincia de San Juan se otorgan derechos políticos a las mujeres y, con ellos, la posibilidad de votar. Es así como la doctora Ema Acosta –riojana de origen y sanjuanina por adopción– se constituye en la primera mujer diputada en nuestro país y en toda América. Sin duda, la Argentina está llamada a ser paradigma en todo lo que hace a la evolución social del ser humano. El derecho al voto de la mujer fue consagrado en Nueva Zelanda en 1893, en Australia en 1902, en Finlandia en 1906, en Noruega en 1903 y en México en 1917. Esto significa que las mujeres llevamos siglos de atraso. Lo que sucede es que una concepción cultural, basada en un pensamiento fuertemente androcentrista, creó un sistema cultural e institucional con graves desigualdades reales. Señor presidente, nuestra Constitución consagra la igualdad en su artículo 16, pero tenemos que asumir que esa igualdad formal no era real en la vida institucional de nuestro país. En las elecciones de 1951, la mujer pudo votar por primera vez en la historia institucional argentina. En esas elecciones, señor presidente, Evita votó desde su lecho de muerte, simbolizando la pasión y la lucha de la mujer argentina por la consecución de sus derechos y de su dignidad real, la cual no se supera sola.⁵⁰⁶

Sobre la participación de la mujer en los cargos políticos o institucionales, la convencional Salinas expuso: “En este año la Organización de las Naciones Unidas, ante la celebración del Día Internacional de la Mujer dio a conocer un informe que revela que la discriminación real existe. Actualmente menos del 5 por ciento de los jefes de Estado, dirigentes de grandes empresas y de organizaciones internacionales son

⁵⁰⁶ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Isabel Marta Salinas, p. 4396.

mujeres. Solamente 6 países, de los 159 integrantes de las Naciones Unidas, están presididos por mujeres; mientras que en 50 estados no hay mujeres ministros o funcionarias de importancia y en 93 naciones no hay mujeres ministros en sus gabinetes. El porcentaje de señoras legisladoras es elevado en los parlamentos de los países escandinavos, pero igualmente no alcanzan paridad. Por ejemplo, en Finlandia hay un 38,5 por ciento de diputadas, es presidente una mujer y hay seis ministras. En Noruega, el 37,6 por ciento de las bancas están ocupadas por mujeres; en Suecia, el 33,8; en Alemania, el 20,5; en España, el 14,6; en Italia, el 8,1; en Portugal, el 7,6; en Estados Unidos, el 6,4 y en Francia, el 5,8. Señor presidente, en nuestro país existe la discriminación y es necesario superarla. En el Senado de la Nación, de las 48 bancas existentes solamente dos están ocupadas por mujeres. Me pregunto si lo que sucede es que en las provincias las mujeres no representamos al pueblo de igual manera que los varones.”⁵⁰⁷

⁵⁰⁷ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Isabel Marta Salinas, p 4397. Además, agregó: “Señor presidente: también en la Corte Suprema de Justicia de la Nación la discriminación de las mujeres es un hecho verdadero e incontestable. Hay muchas funcionarias y magistradas que tienen la cualidad de la excelencia y del compromiso; esta es una realidad incuestionable. Cuando se estaba debatiendo la ley 23.010, que fija el cupo femenino, el señor diputado Cruchaga recibió un informe de la Universidad de Buenos Aires en el cual se decía que en ese año habían egresado 6.050 varones y 6.361 mujeres de la universidad. La señora diputada Sureda expresó que en ese año también se inscribieron 89 mil mujeres y 86 mil varones. Esto significa que la mujer de mi patria está absolutamente preparada, comprometida y capacitada para integrar junto con los hombres el cambio cualitativo que pretendemos. Queremos pasar de la igualdad jurídica a la igualdad social. Actualmente en Turquía, la primer ministro Tansu Ciller, economista de gran talento, fue capaz de hacer estallar las pautas culturales. En el Parlamento de ese mismo país hay solamente ocho mujeres sobre un total de 458 miembros que ocupan las bancas. Podemos observar que una mujer por su talento y eficacia es hoy primer ministro. En Japón en este momento cinco mujeres ocupan igual cantidad de ministerios. En Estados Unidos, donde solamente hay un 6 por ciento de mujeres ocupando bancas, el 51 por ciento de los congresales del Partido Republicano son mujeres y lo mismo ocurre con el 49 por ciento de los integrantes del Partido Demócrata. Esto significa que hay un techo que es invisible; las mujeres somos capaces de realizar el trabajo social e imprescindible para la militancia política. Queremos la igualdad real en todos los cargos de representación política; queremos estar en el Congreso de la Na-

La convencional por la provincia de Buenos Aires, **María Susana Farías** (PJ), manifestó su adhesión al despacho de la mayoría y dedica parte de su intervención a la incorporación de las medidas de acción positiva. Dijo: “En cuanto concierne al reconocimiento y a la igualdad de los derechos políticos de la mujer para el cabal dimensionamiento del texto proyectado debemos tener presentes algunos datos que patentizan una real discriminación sexual. En tal sentido, un informe elaborado por las Naciones Unidas en 1980 con motivo de la Conferencia sobre la Mujer celebrada en Copenhague señalaba que, aunque las mujeres representamos el 50 por ciento de la población adulta del mundo y un tercio de la fuerza del trabajo oficial, y realizan casi las dos terceras partes del total de horas de trabajo oficial, reciben sólo una décima parte del ingreso mundial y poseen menos del 1 por ciento de la propiedad mundial. Agregaba también que los conceptos y tradiciones sociales que se oponen a la igualdad de oportunidades provienen principalmente de preceptos culturales, definiciones de las funciones de los sexos, estereotipos y expectativas relativas a la conducta que limitan a la mujer, a la familia y a las tareas domésticas del hogar. Estos dos párrafos resultan por demás elocuentes respecto de la situación de desventaja estructural que ocupa la mujer en la sociedad, aun en nuestros días.”⁵⁰⁸

ción, en los gabinetes, en los cargos de decisión social. Estoy segura de que la visión integral de los varones y mujeres de mi patria, permitirá conformar un presente comprometido y superador y a la vez, crear el mejor futuro posible para las generaciones venideras. Evita expresó que íbamos a tomar su nombre como bandera para la victoria, y realmente desde esta banca rindo mi más sincero homenaje a todas las mujeres argentinas que defienden la vida, los derechos humanos, el compromiso y, especialmente, un futuro superador.” (p. 4398).

⁵⁰⁸ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional María Susana Farías, p 4401. Agregó: “Pertenecer al sexo femenino no quiere decir solamente poseer ciertas características físico-biológicas diferentes a las del hombre, sino también integrar un grupo humano que en razón de su sexo se halla en un lugar de subordinación. En casi todo el mundo se considera inaceptable la discriminación laboral en razón del sexo. Y si bien este principio se encuentra receptado por la mayoría de las legislaciones laborales, en la práctica, la mujer no tiene las mismas oportunidades que el hombre. En los últimos años la composición por sexo de la fuerza de trabajo se ha ido modificando de forma

Finalizó su exposición de la siguiente forma: “Decía, señor presidente, que teniendo en cuenta la historia del relegamiento femenino, detonante de las luchas encabezadas por grandes y por anónimas mujeres del pasado y del presente, considero necesario garantizar la activa participación de la mujer en los cargos electivos, en los órganos de conducción y en los partidos políticos, ámbito donde se deberán ejercer acciones positivas que permitan lograr el principio de igualdad entre los sexos como eslabón en la búsqueda del justo espacio que merecemos las mujeres”⁵⁰⁹.

Cerró la jornada –en lo que respecta a la discusión de las medidas de acción positivas– la activa convencional por la Capital Federal, **Cecilia Norma Lipszyc** (PJ), que, luego de referirse a algunos antecedentes históricos⁵¹⁰, afirmó: “La norma en consideración contempla la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso

tal que las mujeres han tenido una participación cada vez mayor en el mercado de trabajo y llegando a constituir en muchos países la mayor parte de la fuerza laboral. Sin embargo, las estadísticas muestran que muy pocas mujeres desempeñan trabajos especializados como tampoco cargos electorales. A su vez, la realidad también demuestra en este momento que cuando habla una mujer ni hombres ni mujeres escuchan. Cabe recordar que las legislaciones del siglo XIX convalidaron el lugar de subordinación ocupado tradicionalmente por la mujer en la sociedad, al negarle muchos de los derechos que eran reconocidos al hombre. En nuestro país las mujeres adquirimos el derecho de voto recién en 1947, a través de la ley 13.010, sancionada por unanimidad el 9 de septiembre bajo el influjo de la señora María Eva Duarte de Perón. En la provincia de San Juan el voto femenino regía desde 1927, pero siete años antes, en las elecciones nacionales de 1920, por iniciativa de la Unión Feminista presidida por la doctora Alicia Moreau de Justo, se había organizado un simulacro colocando mesas femeninas en los lugares de votación.”

⁵⁰⁹ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional María Susana Farías, p. 4402.

⁵¹⁰ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 4402. Dijo: “Las mujeres hemos recorrido un larguísimo camino de lucha para estar presentes hoy en esta Convención Nacional Constituyente. Nosotras, o mejor dicho nosotros, todos los aquí presentes, recogemos hoy nada más ni nada menos que doscientos años de lucha de las mujeres simple y exclusivamente para el reconocimiento de la igualdad. Aquella igualdad que fue proclamada en la Revolución Francesa, cuna de la organización moderna de nuestras sociedades, excluyó en ese “contrato social” a vastos sectores de la población; excluyó a los pobres, a los diferentes y a las mujeres. Tanto es así que Olympe de Gouges, que fue la primera mujer de la historia moderna en hablar de los derechos de las mu-

a cargos electivos y partidarios. Entonces me voy a referir a esta intensa lucha que las mujeres argentinas llevamos adelante desde la Ley Sáenz Peña para lograr primero el derecho a elegir y, ahora, a ser elegidas. Deformación profesional mediante, quiero simplemente mencionar que para las elecciones de 1991 –no hace tanto tiempo– el 70 por ciento de la población argentina, constituida por los distritos de la Capital Federal y de las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe y Entre Ríos, eligió sólo a dos diputadas nacionales, mientras que el total en todo el país alcanzó apenas a cinco. Esta representación de las mujeres en las cámaras del Congreso venía decayendo desde 1955. Nosotras luchamos por las acciones positivas al calor de las mismas luchas que estaban llevando a cabo las mujeres de otros partidos europeos, como el Partido Socialista Obrero Español, la socialdemocracia alemana y el PC italiano. Teníamos además en las acciones positivas una herramienta teórica fundamental.”⁵¹¹ Finalmente recordó una sesión simbólica realizada en el Consejo Deliberante de la Capital Federal en la que se promovió la incorporación de la mujer en la política,⁵¹² oportunidad en la que se recordó la sanción de la ley de cupo femenino⁵¹³. También agregó un

jes, fue guillotinado. Pero nosotras seguimos luchando, y aquí deseo recoger la memoria histórica y referirme específicamente a la segunda ola, que se llamó feminismo.”

⁵¹¹ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 4403.

⁵¹² Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 4404. Dijo: “Llevamos a cabo muchísimas acciones que hoy quiero rescatar aquí. Una de ellas fue una sesión simbólica realizada en el Concejo Deliberante de la Capital Federal –cabe señalar que tuvimos que hacerla allí porque la Cámara de Diputados de la Nación nos negó el espacio–, invirtiendo la proporción alcanzada en aquellas elecciones que recién mencioné, de modo que sólo había dos varones en las bancas. Lo mismo hicieron las mujeres de otras provincias, como la de Río Negro.”

⁵¹³ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 4404. Dijo: “En esa sesión simbólica se planteó el tema de la ley de cuotas. Esta norma se originó en un proyecto de la señora senadora por la Unión Cívica Radical Margarita Malharro de Torres, en torno del cual las mujeres depusimos toda posición partidaria y sin importar de qué partido proviniera ese proyecto lo apoyamos aun cuando no nos satisfacía el texto propuesto. Presionamos en el Senado, donde a pesar de existir un despacho negativo de la comisión respectiva, fue aprobado en el recinto por la presión de las galerías. Luego conseguimos una sesión especial en la Cámara de Diputados que contó con la presencia de varios de quienes hoy se encuentran aquí. Muchos de aquellos

antecedente de medidas de acción positiva en el propio partido justicialista en el año 1955.⁵¹⁴

3.5. 33ª Reunión -3ª Sesión Ordinaria del 18 de agosto de 1994. Art. 37 CN

Inició la sesión el convencional **Horacio E. Conesa Mones Ruiz**, manifestándose en contra del dictamen de mayoría, y respecto de las medidas de acción positiva, argumentó: “En cuanto al último párrafo, debemos puntualizar que nosotros no hacemos discriminaciones de ninguna naturaleza. Entendemos que la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para acceder a cargos electivos y partidarios debe ser una realidad; que no podemos discriminar con cupos a nadie –por supuesto, a las mujeres tampoco–; si tienen capacidad y están dispuestas a luchar en la política, su acceso es normal. En nuestro partido, por lo pronto, es así. Incluso, contamos con una numerosa cantidad de mujeres que actúan en política sin ningún tipo de limitaciones.”⁵¹⁵

La convencional por Córdoba, **Beatriz Irma Raijer** (PJ), fundamentó en favor de la incorporación de las medidas de acción afirmativa para las mujeres en política; “Me produce gran satisfacción lo que

diputados votaron a conciencia, pero también muchos otros votaron presionados –y esto hay que decirlo– porque la presencia de las mujeres que pujaban simplemente por el derecho a ser elegidas constituía una verdadera marea humana.”

⁵¹⁴ Acta de Sesiones (32), intervención de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p 4404. Dijo: “Logramos entonces esa ley y luego una reglamentación de ella. De todas maneras, debo señalar que en la Cámara de Diputados de la Nación actualmente hay sólo 34 señoras diputadas sobre un total de 257 miembros. Estamos en el mismo nivel que en 1955, con la diferencia de que en aquella época el cuerpo estaba integrado por 154 miembros. Esto implica que la proporción actual es de un 13 por ciento en tanto que en 1955 era de un 25 por ciento. Cabe señalar que aquel 25 por ciento obedecía fundamentalmente a que el Partido Justicialista había implementado una medida de acción positiva –aunque en ese entonces no se conocía con tal nombre– que consistía en asegurar un 33 por ciento de los cargos para las mujeres. Estamos aún muy distantes de lograr la igualdad real de oportunidades en el plano político, y ello se comprueba simplemente con esta cifra que digo de que constituimos solamente el 13 por ciento.”

⁵¹⁵ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Horacio E. Conesa Mones Ruiz, p. 4455.

dice el dictamen de mayoría cuando habla de que la igualdad real de oportunidades para el acceso a cargos electivos y partidarios estará garantizada por acciones positivas. Las acciones positivas, si bien son discriminatorias, desigualan para igualar. Esta es una cultura machista en sus raíces semitas, griegas, romanas y germánicas. En consecuencia, los valores establecidos por los hombres fueron los que determinaron los roles de la mujer. Bárbara Work –que fue una notable ecologista– dijo que no sólo somos la mitad de la humanidad, sino también las que procreamos a toda la humanidad y estamos a cargo de la otra mitad.”⁵¹⁶

Agregó: “Sin embargo, las discriminaciones existieron a lo largo de los siglos e, incluso, las normas culturales llegan a nosotras y para romperlas tenemos que transgredir. Toda actitud transgresora lleva consigo una carga que abruma cuando no se tiene conciencia de que se la está soportando. Por ello, realmente, hemos hecho grandes sacrificios en la historia de nuestro país, y son muchas las mujeres que han sido omitidas en los libros por nuestros historiadores”⁵¹⁷.

⁵¹⁶ Acta de Sesiones (33), intervención de la Convencional Beatriz Irma Raijer, p 4456.

⁵¹⁷ Acta de Sesiones (33), intervención de la Convencional Beatriz Irma Raijer, p. 4457. Agregó: “Tenemos que nombrarlas, porque han sembrado su semilla para que hoy nosotras estemos aquí para reivindicarlas: la educadora Juana Manso, Cecilia Grierson, Juana Azurduy, Machaca Güemes, Rosario Vera Peñaloza, Alfonsina Storni, Paula Albarracín y Alicia Moreau de Justo. Es innumerable la cantidad de mujeres que han hecho un esfuerzo por este país. Entre ellas no podemos olvidar a quien dijo que nuestro objetivo debe ser nada más que ganar el derecho de crear, junto al hombre, una humanidad mejor. Esa fue nuestra compañera Eva Perón, con quien algunos pueden discrepar con sus proyectos y con sus ideas; pero nadie puede desconocer la claridad genuina de su liderazgo y su lucha por la justicia social. Ella decía que el Estado no podía hacer algunas cosas, porque el Estado no tiene alma ni mística, y que hay cosas que no se pueden hacer sin amor. Por eso nos dio el derecho de votar: por amor a su gente, a su pueblo y a la mujer. Cuando se sancionó la ley que nos confirió el derecho de votar, ella nos dijo que ahí estaba resumida en la letra apretada de unos pocos artículos una historia larga de luchas, tropiezos y esperanzas. Esa es nuestra historia: la de muchas luchas y muchos tropiezos, pero también de pasión política. A veces me preguntó: ¿qué significa en la vida de una mujer la pasión política? ¿Es el poder o el poder hacer? Evita me dio la respuesta, porque para ella era el poder, a fin de lograr hacer en favor de los que estaban en desigualdad de condiciones. Eva Perón es para las mujeres lo que Gandhi es para la paz; por ello, se proyectó en la historia. Y detrás de ella nos encolumnamos quienes sentimos la necesidad de darle al mundo una esperanza. Estamos representando a los ciu-

Finalizó su intervención con las siguientes palabras: “Esta es la primera vez que hay mujeres participando en la reforma de la Constitución. Espero que sea la última en que vengamos a pedir que nos incorporen las acciones positivas y lo dispuesto en la norma que estableció el cupo femenino en las listas de candidatos a puestos electivos. Debemos ser capaces de abrir el camino para romper con los prejuicios de la sociedad argentina. Es importante, por ello, que entre los argentinos hagamos un nuevo trato para eliminar las diferencias y las discriminaciones, para construir juntos una comunidad organizada, donde cada uno haga lo suyo. Las cuestiones vinculadas con el país no las podemos resolver desde veredas opuestas. Debemos estar todos juntos –codo a codo– transitando el camino hacia ese proyecto de un mundo más justo y más solidario para todos: hombres y mujeres.”⁵¹⁸

Tomo luego la palabra el santafecino **Alberto Adolfo Natale** (PDP), quien refutó la incorporación propuesta por el dictamen de mayoría argumentando en contra de la medida de acción positiva incorporada a la Constitución Nacional. Inició su intervención de la siguiente forma: “En el penúltimo párrafo del dictamen en consideración se constitucionaliza lo que vulgarmente se ha dado en llamar cupo femenino. Respecto a esta disposición el bloque que represento mantiene discrepancias que ya fueron expuestas al considerarse la ley respectiva en el Congreso Nacional. De todos modos, la decisión que la mayoría ahora pretende adoptar es más grave aún porque extiende esa exigencia a la conformación de los cuerpos orgánicos de los partidos políticos. El Estado no sólo va a interferir en la decisión de los partidos en lo atinente a la

dadanos argentinos para reformar la Constitución. Pasaremos a la historia como otras tantas mujeres, pero en el quehacer diario existen otras que nadie nombra: como la Susana que lava pañales, la Juana que cosecha porotos y tomates, o las miles de Marías que infatigablemente limpian trapos ajenos y cocinan; luchamos por Ester, la de los dedos rotos por pelar almendras en silencio junto a sus hermanas en cadenas de agroindustrias, por aquellas humilladas y violadas y por las que ya no están por pelear por nuestros ideales. Pero también estamos en este recinto por nosotras, que venimos desde hace años luchando para tener una humanidad mejor: con justicia, igualdad, sueños, ideas y esperanzas.”

⁵¹⁸ Acta de Sesiones (33), intervención de la Convencional Beatriz Irma Raijer, p. 4457.

composición de sus listas electorales, sino que también avanza sobre ellos imponiéndoles un determinado comportamiento con respecto a sus órganos de decisión y gobierno.”⁵¹⁹

Luego de reiterar que en su partido las mujeres ocupan lugares destacados⁵²⁰, aborda la norma a incorporar desde una mirada respecto del principio constitucional de igualdad. Dice al respecto: “Este tipo de normas son ostensiblemente discriminatorias, pero no de discriminación positiva, como se ha señalado en reiteradas oportunidades, sino que representan una verdadera discriminación por cuanto están aboliendo el principio de la igualdad jurídica que es esencial sostener. Existe una igualdad jurídica entre el hombre y la mujer que debemos afirmar en todos los términos válidos. Naturalmente, hay desigualdades biológicas que son las que hacen agradable la vida cotidiana. Pero esa igualdad jurídica y esas desigualdades biológicas determinan que el hombre y la mujer confluyan en la sociedad con igualdad de derechos y oportunidades. No queremos imponer obligatoriamente diferencias de ninguna naturaleza que puedan significar un demérito para la mujer. Cuando normas de este tipo imponen forzosamente la incorporación de personas de sexo femenino en las listas de los partidos políticos, siempre quedará la duda, en caso de que logren alguna investidura política, sobre si han alcanzado ese lugar por sus méritos o virtudes, o

⁵¹⁹ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Alberto Adolfo Natale, p. 4459.

⁵²⁰ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Alberto Adolfo Natale, p. 4459. Dijo: “Mantenemos una larga tradición en la defensa de la participación de la mujer en la vida política. Inclusive, algunos señores convencionales hicieron referencia a lo que significó la Constitución de la provincia de Santa Fe de 1921, sancionada a instancias del Partido Demócrata Progresista. En virtud de ella en 1933 se dictó en esta provincia la ley orgánica de comunas que posibilitó el sufragio femenino y que efectivamente fue incorporado a las prácticas comunales durante la vigencia de esa norma, es decir, entre 1933 y 1935. Asimismo, fue bajo un gobierno demócrata progresista cuando en esta provincia las mujeres pudieron ejercer por primera vez el derecho al sufragio. En una interrupción que en la reunión de ayer me concedió la señora convencional Lipsyc recordé que en nuestros órganos partidarios las mujeres ocupan cargos de relevancia, pero no por imposición de norma alguna sino por los méritos de militancia, capacidad y acción que ellas han sabido demostrar.”

por las exigencias de la ley...Si pretendemos afirmar definitivamente la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres no introduzcamos normas discriminatorias. Afirmemos con fuerza ese principio de igualdad”⁵²¹.

Se refirió, desde una mirada alternativa a la expuesta por la mayoría, al rol de la mujer en la política: “Estoy convencido de que ninguna mujer se puede sentir satisfecha en caso de que alguien dude que la representación que ejerce surge como consecuencia de la imposición de una ley. Así como todas las mujeres que integran esta Convención lo hacen en virtud de sus capacidades, calidades y por el reconocimiento de sus pares, pretendemos que esos principios puedan seguir siendo reconocidos en el seno de la sociedad. En definitiva, ejercer una función política es una cuestión de mérito y no de atributos naturales. Se trata de una cuestión de seso y no de sexo. Quienes ejercen una función lo hacen en virtud de sus condiciones y no como consecuencia de disposiciones que imponen determinadas situaciones. Estas son las razones que nos llevan a cuestionar e impugnar esta discriminación que, en realidad, lo que hace es desvalorizar el rol de la mujer. A ella debemos enaltecerla, reconociéndole los méritos que tiene en la vida en sociedad y no desmerecerla dándole un trato discriminatorio que sólo logra desjerarquizarla.”⁵²²

Volvió sobre la cuestión la convencional bonaerense **Rina Martha Leiva**, quien en apoyo a la incorporación de las medidas de acción positivas sostuvo: “Hace ya muchísimos años que la mujer no se resigna a ser la perpetua menor que planteó el Código Napoleón, según el cual pasaba de la tutela del padre a la del marido, y que por falso rechaza el esquema: pañales o universidad. También hace muchos años que se supo que la mujer no es ya el “seño débil”. Joseph Folliet nos recuerda en su inmortal *Adviento de Prometeo* que, si antes había que tener una gran fuerza física para cargar un camión, hoy cualquiera –hombre o

⁵²¹ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Alberto Adolfo Natale, p. 4459/4460.

⁵²² Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Alberto Adolfo Natale, p. 4459.

mujer- puede apretar el botón que carga el camión automáticamente. También podemos decir que hace ya muchos años que el rol de la mujer es tan activo que en los últimos tiempos no ha estado ausente de nada. Una mujer estuvo en el Concilio, precisamente una argentina, y una en los viajes interestaciales.”⁵²³, concluyendo “¡Ojalá siempre entendamos que esa tarea fundamental es la de acelerar un diálogo que tiene como fin nada más y nada menos que el logro de una nueva cultura que sea solidaria para la pareja humana! Por lo que a nosotras nos toca confesar que sería muy injusto que se limitara el esfuerzo de tantos años de lucha y de trabajo, a veces desgarradores, en un porcentaje determinado de participación para la mujer en las listas electorales. Pero reconozco que después de haberme pasado tantos años diciendo lo que señalaba el señor convencional Natale, seamos francos que sin la ley de cupos no habría setenta y nueve convencionales mujeres sentadas en esta Convención.”⁵²⁴

La convencional **Iris Artemisia Mazzeo** (MODIN), también informando que en su agrupación política se respecta el lugar de la mujer, más allá de la ley de cupo femenino⁵²⁵, sosteniendo la defensa de su participación en la política de nuestro país. Dijo: “Los tiempos que corren exigen cada vez más participación y mayor compromiso social, y por supuesto las mujeres que queremos gozar de la participación ya estamos de hecho ganándonos ese lugar desde aquí, ocupando una banca en esta Convención Constituyente, con todo el trámite que ello exigió. Muchos también estarán de acuerdo con que se produjo masivamente en los últimos tiempos una incorporación de mujeres al mundo de la política, motivadas por una marcada situación de crisis. Lógicamente, mujeres que estábamos pasivamente aguardando soluciones ilusorias

⁵²³ Acta de Sesiones (33), intervención de la Convencional Rina Martha Leiva, p. 4464.

⁵²⁴ Acta de Sesiones (33), intervención de la Convencional Rina Martha Leiva, p. 4465.

⁵²⁵ Acta de Sesiones (33), intervención de la Convencional Iris Artemisia Mazzeo, p. 4466. Dijo: “Estoy en condiciones de decir que la ley actual fue respetada dentro del MODIN no sólo por la recomendación que ella incluye, sino porque sin presiones ingresamos y tuvimos el espacio político que fuimos logrando con acciones y capacidad.”

nos decidimos a intervenir en la vida política. Fuimos introduciendo en nuestro quehacer diario un momento de reflexión y nos decidimos por la militancia. Deseosas de trasladar a la esfera política nuestros conocimientos ya sea en el campo laboral o en la tarea del hogar, analizamos mensajes, conductas y doctrinas.”⁵²⁶

El convencional cordobés **Miguel Ángel Ortiz Pellegrini** argumentó sus objeciones al proyecto de la mayoría de la siguiente forma: “Quiero decir dos palabras sobre el tema del cupo femenino. Al respecto la señora convencional del Partido Justicialista Martino de Rubeo ha preanunciado que soy un acérrimo enemigo, pero no es así porque tuve el honor de votar favorablemente en el Congreso de la Nación la ley 24.012, y fui uno de quienes la fundamentaron. Lo que sucede es que quiero ser coherente conmigo, porque cuando fundamenté esa norma dije que era en razón de las acciones positivas derivadas del tratado de no discriminación de la mujer, pero que tenían un carácter temporario. Por eso me parecía correcto que se fijaran en la norma a fin de reformar el artículo 60 del Código Electoral. Pero insisto en el término “temporario”, porque estamos modificando la Constitución, que debe ocuparse de lo que significa el ideal de nuestra sociedad, que es la igualdad. Esto es lo permanente y lo trascendente; la igualdad del hombre y la mujer. Esta es la igualdad del artículo 16. Es decir que es la igualdad real –personalmente no me gustaba utilizar esta expresión–, porque es tan igualdad real como la del artículo 16 de la Constitución. En derecho no hay otra igualdad que no sea la real. ¿Quién va a sostener otra igualdad que no sea la real? Esta es la igualdad a la que debemos propender para que figure en la Constitución, o sea, la permanente y la que ilumine como un faro el objetivo para el futuro.”⁵²⁷

Agregó: “Por otra parte, deseo hacer dos o tres observaciones jurídicas. Las acciones positivas ya fueron recogidas en un inciso nuevo del artículo 67, al que le formulo la misma crítica, porque considero que no

⁵²⁶ Acta de Sesiones (33), intervención de la Convencional Iris Artemisia Mazzeo, p 4466.

⁵²⁷ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Miguel Ángel Ortiz Pellegrini, p. 4472.

deben compararse la mujer, con la vejez y los niños; pero así se ha sancionado y allí están. Simplemente lo estamos reiterando. En segundo lugar, no puede decirse que la transitoriedad en la igualdad va a durar 472 años, como lo dijo la distinguida convencional. Hay que tratar de que sean muchos menos, y para eso debemos trabajar, porque lo de 472 años no da sensación de transitoriedad; por el contrario, diría que es como cristalizar o congelar la desigualdad entre la gente para una eternidad, porque para los hombres cuatro, cinco o seis generaciones son una eternidad. Además, ¿qué será de nuestro país y del mundo en 472 años? Ojalá la igualdad entre el hombre y la mujer se dé más acá en el tiempo. Para ello repito tenemos que trabajar activamente. Pero el objetivo es la igualdad y no la desigualdad cristalizada. Esa es la razón por la que considero que está bien establecer el cupo, pero a través de una ley, no por medio de la Constitución.”⁵²⁸

Finalizó su intervención afirmando: “Al respecto deseo hacer una interpretación personal, porque sé que el entusiasmo del sexo femenino por este tema nos ha hecho reiterar algunos conceptos. Por eso prevengo a los señores convencionales de que los juristas siempre son llamados a distinguir y a buscar interpretaciones. Justamente, una de las cosas que dicen es que, por ejemplo, las constituciones nunca quieren decir lo mismo cuando se reiteran los conceptos en distintos artículos. Acá reiteramos las acciones positivas que pusimos en los tratados, por lo que seguramente algunos van a comenzar a buscar qué diferencias hay entre ellas y los tratados, y vaya a saber uno dónde terminará esta cuestión. Además, esta llamada cláusula no es tan transitoria, porque las cláusulas de ese tipo están destinadas a regir entre dos momentos distintos; entre un régimen que termina y uno que comienza. Pero cuando acá se dice que “no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine”, se está indicando que el Congreso las puede reformar, derogar, pro-

⁵²⁸ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Miguel Ángel Ortiz Pellegrini, p. 4472.

longar o modificar, es decir que está borrando con el codo lo que se escribió con la mano. Tiene la jerarquía jurídica de una ley, no de una cláusula constitucional.”⁵²⁹

El convencional bonaerense **Juan Mario Pedersoli** (PJ), dijo, con algo de sorna; “Es “una nimiedad” que nos hayamos preocupado por desterrar desde la nueva Constitución y para el futuro de los argentinos toda forma de discriminación, en particular quizás la más antigua de todas ellas, por la que se ha venido postergando a través de múltiples e ilegítimas manifestaciones a la mujer. Esta Convención ha saldado una deuda y me congratulo una vez más de haber contribuido a semejante “superficialidad”. Es un mérito innegable de esta “temible Convención”. Hemos puesto punto final a una historia de oprobio, una historia que fue escrita por el hombre y para el hombre, una historia en la que la mujer fue postergada”⁵³⁰. Finalizó su exposición diciendo: “Sólo agregaré que la igualdad de la mujer en el ejercicio de los derechos políticos es un tema por demás grato a los justicialistas, que nos enorgullecemos en reivindicar. La discriminación de la mujer no se ha fundado en ninguna razón natural sino en meros prejuicios. Debemos ser sinceros y reconocer que los hombres, al alimentar esos prejuicios, sólo logramos escribir un frondoso capítulo en la historia de la estupidez humana. No he de ensañarme con nuestros detractores. No sé cuántos son; tampoco me preocupa analizar a qué intereses sectoriales responden, pero sí sé que mientras ellos se afanan en una crítica desmesurada –que ya opera como la mejor descalificación aquí en Santa Fe– nosotros seguimos trabajando en procura de un futuro mejor.”⁵³¹

El convencional santafecino **Carlos Alberto Lorenzo**, dio su apoyo al texto de la mayoría al sostener: “Ya se ha hablado bastante de las acciones positivas que aseguren la participación femenina. Creo que es un tema que no está agotado, aunque sí ha sido altamente recono-

⁵²⁹ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Miguel Ángel Ortiz Pellegrini, p. 4472.

⁵³⁰ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Juan Mario Pedersoli, p. 4483.

⁵³¹ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Juan Mario Pedersoli, p. 4483.

cido no sólo por esta Convención Nacional Constituyente sino por la legislación, aunque no debe ser exclusivamente nacional ya que en la provincia de Santa Fe habíamos dado este reconocimiento con anterioridad a la votación nacional.”⁵³²

El convencional por la Provincia de Mendoza, **Mauro Aguirre** (MODIN), sostuvo: “Por otra parte, quiero aclarar la posición de nuestro bloque con relación al cupo femenino. Nos parece que esta cuestión integrada al texto constitucional puede estar planteando una discriminación a futuro con la mujer, ya que quedaría atrapada en la rigidez del texto constitucional pensando que *sine die* va a seguir sin incorporarse a los cuerpos colegiados o a los partidos políticos; en una palabra, que de ninguna manera va a poder ser parte de la representación política de los argentinos. Incorporar el cupo femenino en la Constitución Nacional puede resultar de tanta rigidez –no digo que vaya a suceder exactamente así– que podría llegar a transformarse en el futuro en una situación discriminatoria. Aun así, en modo alguno nos oponemos a que se garantice la presencia de la mujer en los partidos políticos y en los cuerpos deliberativos. Es cierto lo que una señora convencional dijo hoy en este recinto: si no fuera por el cupo, dudo de que en esta asamblea se encontrara la cantidad de mujeres que forma parte de ella. A pesar de que tanto se habla de la emancipación femenina y de la mujer, sabemos que los tres partidos tradicionales de nuestra provincia –justicialista, radical y demócrata– tuvieron problemas con la incorporación de mujeres en sus listas. Las mujeres han sido permanentemente castigadas, por decirlo de alguna manera, en lo que respecta a la participación política en los partidos que actualmente conocemos. Lo mismo sucedió con su presencia en las legislaturas provinciales y en el Congreso de la Nación”⁵³³.

⁵³² Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Carlos Alberto Lorenzo, p. 4487.

⁵³³ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Mauro Aguirre, p. 4491. Agregó: “Decía, señor presidente, que si bien entendemos que incorporar el cupo femenino en el texto de la Constitución Nacional puede transformarse en una discriminación a futuro por la rigidez que ello significa, en modo alguno nos oponemos a anali-

La convencional bonaerense **María Inés Brassesco** (FG), quien argumentó en favor de las medidas de acción positiva, dijo: “La participación democrática pasa hoy, a mi entender, por el hecho de que se asuma la plena igualdad social, política y económica de las mujeres. La sociedad patriarcal tiene una gran deuda con la mitad de la sociedad que está representada por las mujeres, y debe comenzar a pagarla. Digo esto porque nuestra participación tiene que reflejarse en las decisiones económicas, sociales y políticas. Para hacer política no somos mejores ni peores que los varones. Queremos asumir lo distinto y no necesariamente imitarlos. Necesitamos cuotas de decisión. Esta no es una tarea fácil. Para eso hay que crear canales que puedan tener alguna influencia en las decisiones. Una de las tareas más importantes es la de que tengamos la posibilidad de acceder a los niveles de decisión política aportando la opinión, la reflexión y la experiencia cotidiana de la otra mitad del pueblo. Por ese motivo, reconozco que la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios –tal como lo establece el proyecto en consideración–, constituye un avance. De todas maneras, debemos exigir el compromiso de las

zar la realidad tal cual ésta se manifiesta. Sabemos que hay discriminación política hacia las mujeres y que en los países atrasados esa situación asume un carácter que no es similar al que se verifica en los países adelantados. Es precisamente a través de una actividad política como las mujeres van a ganar nuevos espacios en la sociedad. Entonces, si esta es la punta de la madeja, pues busquemos los modos legales de forma tal que esta regulación sea materia legislativa del Congreso de la Nación y no de legislación constitucional. Busquemos la manera para que las mujeres puedan participar activamente y tengan sus mecanismos de defensa para que no las puedan correr de los parlamentos provinciales, del Congreso de la Nación y de los partidos políticos. Orgullosamente digo que en el MODIN permanentemente hemos superado en todos los casos los cupos femeninos y afortunadamente nunca tuvimos que pasar los papelones –que sí pasaron los demás partidos en mi provincia– que se dieron cuando las mujeres iban a reclamar a la jueza electoral que les permitiese entrar en las listas, ya que cuando ello pasaba iban colgadas de la tabla y sabían que no saldrían elegidas. Entonces, si era el 30 por ciento, en una lista de diez, los tres últimos lugares eran ocupados por mujeres, con lo cual ese partido tenía que ganar las elecciones a chicote alzado para que la primera entrase. La situación descrita anteriormente implica una forma de violación de los derechos políticos de la mujer que deben ser defendidos. Es por ello que sugerimos que esta situación sea regulada por una ley del Congreso y no a través de una cláusula constitucional.”

fuerzas políticas para que hagan realidad las acciones positivas que se establecen, a fin de que ellas no queden sólo en buenas intenciones.”⁵³⁴.

El convencional por la Capital Federal, **Alejandro Jorge Vásquez** (MODIN), fundamentó su oposición a la incorporación de medidas de acción positivas en favor de las mujeres, con la siguiente explicación: “Por otra parte, el dictamen de mayoría establece “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios”. Entiendo que una vez más no es feliz la redacción. Parecería que hubiera una relación entre varones y mujeres, inapropiada para tratarla en un tema constitucional. A mi entender, la redacción justa sería la siguiente: “La igualdad real de oportunidades de varones y mujeres...” y no “entre varones y mujeres”. El dictamen presenta una comparación que debe ser desdeñada para definir lo que se quiere expresar, es decir, que las mujeres y los varones estamos en igualdad de idoneidad para elegir y ser elegidos. Luego, el mismo párrafo continúa diciendo: “...para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”. No entiendo qué quiere expresarse con “acciones positivas”. Sería muy largo expresar mi discrepancia con semejante terminología. Humildemente propongo que en lugar de “acciones positivas” se exprese: “...mediante normas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”. Por otra parte, en lo que se refiere a la cláusula transitoria coincido con lo que he escuchado recién de parte de un señor convencional en este recinto, en el sentido de que no debe tener tal carácter, sino que debe ser permanente y figurar a continuación

⁵³⁴ Acta de Sesiones (33), intervención de la Convencional María Inés Brassesco, p4498. Agregó al respecto: “A riesgo de ser monotemática –aunque modestamente considero que guarda cierto grado de coherencia–, ante las medidas importantes y positivas que hemos tomado en esta Convención, me pregunto una vez más: ¿con un modelo económico y político neoliberal y con la aprobación del paquete del Núcleo de Coincidencias Básicas –que a mi entender aumenta el poder presidencial y garantiza, entre comillas, la gobernabilidad de un sistema social injusto, dando rango constitucional a los decretos de necesidad y urgencia–, es viable y posible la concreción de estas medidas? Decididamente creo que no; ojalá me equivoque.”

de la que acabo de comentar. Además, al igual que en el caso anterior, en lugar de “acciones positivas” se debería decir “mediante normas”. Concretamente, no se debe tratar de una cláusula transitoria porque alude nada menos que a la existencia de disposiciones que no pueden disminuir la situación actual en cuanto al derecho electoral de varones y mujeres en la República. Asimismo, donde se dice “...no podrán ser inferiores a las vigentes...”, nuevamente considero que la redacción es poco feliz dado que no se explica inferiores a qué –en la tabla de gradaciones está lo igual, lo inferior y lo superior–, por lo cual propongo a la Comisión de Redacción y en definitiva al cuerpo, que se diga: “...no podrán ser menos adecuadas a los fines conducentes por las disposiciones de que se trata” o algo parecido, pero nunca inferiores”⁵³⁵.

La convencional catamarqueña **María Teresita Colombo**, por su parte, afirmó: “Lo que sí es verdaderamente innovador es la igualdad real de oportunidades de hombres y mujeres para ser elegidos en cargos partidarios y electivos, así como las acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y del sistema electoral para lograr este fin. La participación de las mujeres en cargos legislativos en nuestro país, antes de la sanción de la ley de cupos, era verdaderamente muy baja ya que oscilaba entre el 5 y el 8 por ciento, lo que nos exime de mayores comentarios; lo dicho, con excepción del porcentaje elevado del segundo gobierno justicialista, después de la consagración del voto femenino, que alcanzó en esta participación un 20 por ciento y que fue decayendo progresivamente hasta que se sancionó la ley de cupos. La cláusula transitoria –que, como su nombre lo indica, es transitoria– establece que las acciones afirmativas no podrán ser menores a las vigentes al momento de la sanción de esta norma. Esto, si bien constituye una discriminación, creemos que persigue un fin noble y por ello la apoyamos. Lo que, reitero, no compartimos, son las discriminaciones culturales contra la mujer.”⁵³⁶

⁵³⁵ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Alejandro Jorge Vázquez, p. 4504.

⁵³⁶ Acta de Sesiones (33), intervención de la Convencional María Teresita Colombo, p. 4508.

La convencional bonaerense **Dina Beatriz Rovagnati**, luego de repasar históricamente el cambio que se produjo en la sociedad moderna relativo al papel y la conducta de la mujer⁵³⁷ afirmó: “Somos realistas, sabemos que la cláusula constitucional es un gran avance, pero deseamos que así como la mujer va logrando nuevamente su inserción en la vida política haya avances prácticos y concretos en lo laboral, respetando esa particularidad esencialmente femenina y sus especiales necesidades para insertarse en la realidad. Nuestro pedido es que continuemos en este avance por la igualdad, respetando la diferencia, que se generalice y facilite el trabajo de medio día, que se favorezcan las familias numerosas, que se subsidie a las mujeres que se queden en el hogar y a aquellas que amamantan a sus hijos, promoviendo de esta manera la posibilidad cierta de ese primer contacto fundamental entre la madre y el hijo, y asegurar la prioridad en el trabajo a las madres de familias sin recursos. Por todo lo expuesto, manifestamos nuestro acuerdo con la declaración de la igualdad real de oportunidades entre el varón y la mujer, que se manifiesta en el artículo propuesto y, asimismo, en la cláusula transitoria que conduce a la concreción de la igualdad real”⁵³⁸.

⁵³⁷ Acta de Sesiones (33), intervención de la Convencional Dina Beatriz Rovagnati, p4511. Dijo: “No debemos olvidar que durante siglos muchas culturas discriminaron a la mujer en favor del varón, tanto en el matrimonio como en los demás ámbitos sociales, y se ha afirmado la inferioridad y subordinación de la mujer, lesionando la igualdad fundamental que existe entre ambos sexos. Esta fue descubierta gracias al cristianismo, que constituyó sociedades civiles con reinas y abadesas. Sin embargo, estas expresiones sociales no se plasmaron en el plano de lo teórico, sobre todo en el ámbito de la universidad. El pensamiento cristiano hace compatibles equivalencia y subordinación: equivalencia ante los ojos de Dios y en el orden de la gracia, y subordinación al varón en la familia y las actividades temporales. Pero en el Renacimiento, con la revalorización de la tradición greco-romana, vuelve a afectarse la condición de la mujer. La mujer casada pasó a ser jurídicamente incapaz, concepto consagrado en el Código Napoleónico del siglo XIX. Siguiendo con la historia, vemos que la industrialización influyó negativamente, promoviendo el enclaustramiento burgués en el ámbito de lo privado y la prohibición del ámbito público para la mujer, agravado con la explotación horaria y salarial de las obreras. Podemos sintetizar esta posición con la famosa frase de Ortega y Gasset que dice: “Hombre público es un elogio, no un insulto; mujer pública, sí es un insulto.”

⁵³⁸ Acta de Sesiones (33), intervención de la Convencional Dina Beatriz Rovagnati, p. 4511.

Sobre la igualdad dijo: “Podemos afirmar que, en nuestros días, si bien es reconocida teóricamente la igualdad de la mujer, existe una desigualdad y discriminación de hecho, porque no se aprecia ni respeta su contribución específica a la familia y a la sociedad. Pero la conquista de la igualdad trae el grave riesgo de perder la diferencia. Y esto trae el peligro de la masculinización de la mujer y la pérdida del aporte de su originalidad.”⁵³⁹

El convencional salteño **Fernando Saravia Toledo** (Partido Renovador de Salta) sostuvo argumentos en contra de la incorporación de las medidas de acción positivas: “El dictamen de mayoría también menciona la realización de acciones positivas para garantizar la igualdad de oportunidades de varones y mujeres en el acceso a los cargos electivos y partidarios. Creemos que la expresión “asignaciones positivas” resulta vaga y no se sabe bien qué quiere decir. Posiblemente, tales palabras constituyan un eufemismo y, por lo tanto, un subterfugio para eludir la mención de los denominados cupos introducidos por la ley correspondiente. Si las asignaciones positivas se refieren a estos cupos, queremos dejar sentado desde ahora nuestro rechazo a la inclusión del concepto. Ello es así porque consideramos que la fijación de los cupos femeninos en la formación de las listas de candidatos a cargos públicos electivos constituye un agravio para la mujer y una discriminación inversa que afecta al varón. Para aclarar esta posición decimos que la integración de la lista debe hacerse sobre la base de una escala de méritos y no teniendo en cuenta el sexo de los protagonistas. Ello es así porque acceder por esta vía a un puesto electivo resulta más producto de una concesión que de aquilatados merecimientos políticos. Por lo tanto, asignar nivel constitucional a los llamados cupos femeninos resulta un verdadero desacierto que, además, por lo expresado, perjudica a las mismas mujeres y constituye una discriminación inversa para los hombres, que podrían verse postergados en la integración de una lista de postulantes, aunque tuvieran cualidades suficientemente acredita-

⁵³⁹ Acta de Sesiones (33), intervención de la Convencional Dina Beatriz Rovagnati, p. 4511.

das para la integración. Creemos que no podemos subsanar el error de la ley de cupos mediante su inserción en la Constitución. A nuestro criterio, a una equivocación se sumaría otra, corregible únicamente por otra Convención Constituyente⁵⁴⁰.

Sobre el cierre de su intervención agregó: “Volviendo al tema del cupo, debo decir que se trata de un tema que hemos debatido oportunamente la Nación y las provincias, que en general ha motivado enojos y, en algunos casos, simpáticas descalificaciones, por el afán de encontrar en los distintos niveles de las normas, no diría una igualación, sino un sistema de nivelación que, reitero, poco ayuda al mejoramiento de estos resabios culturales, ya que todavía parecería no entenderse que todos los seres humanos son absolutamente iguales y que valen por sus méritos y por la sola condición de ser criaturas divinas. Entonces, nuestro voto negativo a esta “cupificación” se funda esencialmente en el respeto, consideración y valoración que tenemos hacia la mujer, no sólo desde un punto de vista estético –en el que sin duda las mujeres se llevan todos los lauros, y lo digo desde una concepción personal–, sino también por su condición de hacedoras de vida. Es decir, la mujer merece por ello una consideración y respeto incluso superior al hombre. Como entendemos que es un agravio para la mujer, votaremos en contra de esta “cupificación” ya que queremos que todos seamos iguales y no que la mujer, para ser igual, deje de ser mujer.”⁵⁴¹

El convencional bonaerense **Pascual Ángel Rampi** dijo: “La fórmula es acertada en cuanto suprime todo tipo de discriminación fundada en el sexo. A este respecto debo decir que los justicialistas tenemos el privilegio de enarbolar en la historia argentina la bandera de la reivindicación de los derechos de la mujer. También debemos reconocer que en este aspecto la tarea se encontraba inconclusa, con lo cual la supresión de toda discriminación entre hombres y muje-

⁵⁴⁰ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Fernando Saravia Toledo, p. 4513.

⁵⁴¹ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Fernando Saravia Toledo, p. 4515.

res, del mismo modo que la igualdad de oportunidades para elegir y ser elegido permitirá enriquecer la actividad política en la Argentina debido a la participación de la mujer en las trascendentales funciones de gobernar”⁵⁴².

La convencional mendocina **María Luján Olsina** sostuvo que: “Es importante que esta consagración que hoy plasmaremos al votar afirmativamente este artículo esté acompañada por la garantía de igualdad de oportunidades entre varones y mujeres para acceder a cargos electivos, a través de acciones positivas. Podrá decirse que éstas admiten en sí mismas una discriminación, y puede que así sea. Pero la sociología enseña al derecho que no se legisla sobre una sociedad ideal sino sobre una sociedad real, y sin duda en nuestra sociedad existen pautas que impiden una verdadera equidad entre los géneros, pautas que han cambiado y seguirán cambiando en la medida en que se generen las condiciones para ese cambio. Reconocemos que la lucha de los pueblos por su dignidad, por su independencia, por la autodeterminación y por la liberación, ha sido el motor del avance humano. Pero para nosotras las mujeres también la discriminación constituye el motor central de la lucha por lograr el verdadero soporte para la construcción de la equidad entre los géneros. En este contexto consideramos que al Estado le cabe la responsabilidad de promover, apoyar y acompañar la organización de la sociedad, fortaleciéndola en su más pleno desarrollo y colaborando a través de acciones para que la mujer pueda encontrar junto al hombre ese destino de una sociedad mejor. El Estado no puede dejar librado al mercado ni a los más fuertes el destino social. Por el contrario, puede y debe incidir ante la relación injusta entre varones y mujeres. Desde la restauración de la democracia en nuestro país la preocupación del Estado por este tema de la igualdad entre las mujeres y los varones se ha manifestado en programas, normativas y acciones varias. Se han logrado así reivindicaciones tales como la ley de cupos o la patria potestad com-

⁵⁴² Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Pascual Ángel Rampi, p. 4516.

partida y, desde lo institucional, las asesorías de la mujer, el gabinete de consejeras presidenciales, etcétera. Estas acciones marcan el interés de las políticas públicas por visibilizar discriminaciones reales y actuar para neutralizarlas. Esto demuestra que la sociedad argentina ya optó por un modelo de igualdad en términos de complementariedad, es decir, de pluralidad y respeto a las diferencias. Por lo tanto, la inclusión de la legitimación de medidas de acción positiva no hace más que explicitar una real situación de avance y conciencia en la comunidad argentina. No hablamos de incluir el tema simplemente en términos de derecho femenino. Si las mujeres venimos a solicitar que se apruebe esta norma es porque queremos construir una sociedad distinta, y a esta sociedad le hacen falta hoy más que nunca ojos y voces de mujer. Las medidas de acción positiva destinadas a lograr la igualdad, como por ejemplo la ley de cupos, no podrán ser más tildadas de inconstitucionales, puesto que lo que hacen es afirmar la igualdad que nuestra ley suprema nos otorga. Admitimos que se trata de medidas transitorias destinadas a permanecer en tanto persistan las desigualdades que nos preocupan. Como nuestro objetivo es una sociedad de iguales, nuestra esperanza radica en que estas normas pronto deban desaparecer por resultar innecesarias”⁵⁴³.

El convencional –también por la provincia de Mendoza– **Gabriel Joaquín Llano** dijo: “Con respecto a la igualdad de oportunidades ya tenemos el artículo 16 –el magnífico artículo 16– de nuestra Constitución Nacional. Ya han comenzado a dictarse las medidas de acción positiva, tanto por el Congreso de la Nación como por las legislaturas provinciales, y siempre se ha admitido la naturaleza transitoria, promocional y excepcional de estas medidas. ¿Con qué objeto constitucionalizarlas?”⁵⁴⁴

La convencional correntina **Ana María Pando** sostuvo que las medidas que se están incorporando al texto constitucional ya se en-

⁵⁴³ Acta de Sesiones (33), intervención de la Convencional María Luján Olsina, p. 4519.

⁵⁴⁴ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Gabriel Joaquín Llano, p. 4520.

cuentran en la Constitución reformada: "...de la lectura del proyecto contenido en el despacho de mayoría surge que nos encontramos en presencia de una sobredosis de tipificación constitucional. Digo esto porque hace unos días esta Convención dio rango constitucional a todos y cada uno de los preceptos que estamos debatiendo. Por ello con todo respeto me permito recordar que ya le hemos otorgado esa jerarquía a la Convención Sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Sin desmerecer el texto que estamos analizando, considero que el que ya hemos incorporado es más auspicioso y más abarcativo que la propuesta que estamos discutiendo"⁵⁴⁵.

Continuó desarrollando su argumentación: "Considero que ese texto constituye una respuesta a muchas exposiciones temerosas de que las mujeres puedan adquirir derechos sin merecerlos. También es una respuesta por parte de esta Convención a quienes dicen que dentro de poco se necesitarán normas de acción positiva de carácter protector. Digo esto porque esta Convención no sólo recepta el

⁵⁴⁵ Acta de Sesiones (33), intervención de la Convencional Ana María Pando, p4522. Amplió: "A fin de corroborar esta manifestación, me voy a permitir recordar a los señores convencionales algunos de los artículos que ya hemos incorporado al texto constitucional. Así, el artículo 4° señala: "La adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas. Estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato." Luego agrega: "Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conductas de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. "Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y en particular garantizarán en igualdad de condiciones con los hombres el derecho..." Más adelante expresa: "Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar a la mujer en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna la oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales."

derecho de las mujeres sino también la igualdad de trato entre el hombre y la mujer en condiciones de igualdad. Cuando nos referimos a la condición de igualdad estamos diciendo que no queremos nada en desigualdad de condiciones, es decir que no queremos nada que signifique un privilegio ni nada que signifique una mengua en la consideración de los derechos del otro. También queremos decir que a través de esta Convención –a la que ya le hemos otorgado rango constitucional– la mujer tendrá la misma igualdad de posibilidades en igualdad de condiciones con el hombre. Por lo tanto, entiendo que no hay mucho por debatir. Tan sólo tenemos que decir que hace más de un mes que esta cláusula es parte de cada uno de nosotros a través de la norma constitucional.”⁵⁴⁶

Concluyendo su intervención, realizó los siguientes aportes: “En este sentido, cuando converso con ellas, todas expresan la necesidad de que existan normas positivas. Pero, ¿qué se entiende por normas positivas? Ellas no indican que se esté hablando en favor de la mujer, pero en detrimento de su capacidad. Las normas positivas representan la modificación de pautas culturales. Seríamos muy necios si no reconociéramos la cultura que está arraigada en la Argentina desde hace muchas décadas, en cuanto a cuál es el rol de cada uno de los componentes de esta familia. Entonces, si efectuamos un acto de reconocimiento y queremos que la Argentina sea de todos, porque todos nos hallamos inmersos en el proceso de elaboración de normas, no podemos actuar con ningún tipo de mezquindad y debemos

⁵⁴⁶ Acta de Sesiones (33), intervención de la Convencional Ana María Pando, p4522. Aclaró además lo siguiente: “A fuer de sincera, debo decir que tuve contra-fuerzas de conciencia para expedirme sobre este tema, porque el partido del que provengo jamás incurrió en discriminación alguna, salvo en lo que hace a la capacidad de las personas para poder ser candidatos. Así es como hemos llevado a la mujer a ocupar intendencias, ministerios, presidencias de concejos deliberantes e, incluso, cargos partidarios de relieve. Mi filosofía liberal también me dice que el principio de la igualdad de oportunidad es más importante que el de la libertad, porque es muy difícil cumplir el principio de libertad cuando las posibilidades no son iguales para unos y para otros.”

aceptar las pautas culturales y los remedios necesarios para lograr la igualdad y después entrar en el detalle y que cada uno ejerza su libertad acerca de si quiere o no ser candidato respecto de algún cargo electivo. Si consideráramos esta norma como un privilegio por el que se otorga a la mujer lo que no le corresponde sería la primera en rechazarla, porque habría una discriminación inversa que nos haría mucho mal. Pero ese no es el caso, sino que estamos institucionalizando el saneamiento de prácticas culturales que a fuer de sincera no son exclusiva culpa de un sexo sino de la sociedad, y algunos tendrán o no mayor suerte por el apoyo de su arquitectura familiar, pero no podemos centrar esa suerte en las aspiraciones y en las libertades del querer ser en función de las individualidades. Por esta razón y no como una norma discriminatoria en favor de la mujer, sino como una disposición igualitaria que brinda recepción a la libertad, que es la filosofía de mi partido, es que he apoyado en su oportunidad esta convención que recepta el artículo 16 bis de la Constitución.”⁵⁴⁷

El convencional **Horacio Daniel Rosatti** argumentó lo siguiente: “Paso a analizar el segundo tema que trata este dictamen, cual es la no discriminación electoral de las mujeres. Personalmente, estoy de acuerdo con esta iniciativa. Inscribo esta no discriminación dentro de una concepción más amplia de acceso a los cargos públicos que ya hemos aprobado en este recinto en ocasión de otorgarse la máxima vigencia de norma constitucional al Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por ley 23.054, y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, aprobado por ley 23.313. El objeto de su incorporación fue que estas normas tengan vigencia en todo el país, dado que ellas prevén garantías genéricas de no discriminación para el acceso a los cargos públicos. Una de sus manifestaciones está planteada en el dictamen de comisión: la no discriminación hacia la mujer y la necesidad de adoptar acciones positivas que vayan removiendo

⁵⁴⁷ Acta de Sesiones (33), intervención de la Convencional Ana María Pando, p. 4523.

los obstáculos y prejuicios de todo carácter, ya sea económicos o sociales, que en la práctica turban o impiden el ejercicio igualitario de los derechos políticos en nuestro país.⁵⁴⁸

El convencional **Antonio F. Cafiero** desarrolló un recorrido histórico las luchas de las mujeres en nuestro país: “No quiero dejar pasar esta ocasión –en la que muchos señores convencionales se han referido al rol de la mujer en la política– sin hacer una suerte de reconocimiento a las luchas que las mujeres argentinas han desarrollado a lo largo de todo el siglo en defensa de sus derechos cívicos. Lo que estamos haciendo es una contribución histórica positiva en reconocimiento de todas aquellas mujeres que durante un largo lapso –hasta que en 1947 se sancionó la ley 13.010– lucharon por el voto femenino y por su activa participación en política.”⁵⁴⁹

⁵⁴⁸ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Horacio Daniel Rosatti, p. 4527.

⁵⁴⁹ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Antonio Cafiero, p4534. Agregó: “Vale la pena recordar que las primeras agrupaciones feministas de la Argentina se crearon a fines del siglo pasado y eran conducidas por mujeres de la clase media alta de la sociedad, muchas de ellas universitarias. Ellas surgieron en el país como parte de un movimiento mundial que tenía expresiones muy concretas en los Estados Unidos y en Inglaterra y, para nuestras costumbres de entonces, se dio el caso notable de que Cecilia Grierson –que fue una de las primeras feministas argentinas–, cuando se recibió de médica se encontró con que no podía ejercer su profesión porque las mujeres no estaban habilitadas para ello. Esto sucedía en 1889, y fue Cecilia Grierson la que creó, juntamente con Julieta Lanteri Renshaw, Alicia Moreau de Justo, Sara Justo, Raquel Camaña y Elvira Rawson de Dellepiane, la primera institución femenina argentina que tuvo como objetivo el voto para la mujer. Justamente, Elvira Rawson de Dellepiane era madre de siete hijos, médica y, al mismo tiempo, esposa del dirigente radical Manuel Dellepiane, y fundó la Asociación pro Derechos de la Mujer, donde sostenía que se constituían en asociación para no soportar “mansamente las cadenas con que códigos y prejuicios limitan nuestra acción y humillan nuestra dignidad de seres conscientes”. Más adelante, en 1912, cuando se sancionó la Ley Sáenz Peña, no hubo ninguna expresión ni referencia al voto de la mujer durante su debate, y esa suerte de proscripción continuó durante las décadas siguientes.”

Describió y comparó al primer feminismo argentino⁵⁵⁰ y dio cuenta del avance en la legislación que reconoció el voto de la mujer⁵⁵¹, re-

⁵⁵⁰ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Antonio Cafiero, p. 4534. Dijo: “Un observador e historiador de aquella época dice, por ejemplo, que, en 1932, cuando el presidente Justo fue al Congreso, para asombro de los hombres y de las mujeres de aquella época, por primera vez las feministas tiraron volantes, y llevaban a cabo un acto que se apartaba de las normas a las cuales estaba acostumbrado el movimiento feminista argentino, que era puramente universitario, legalista y de principios, pero no pensaban en la acción directa para hacer valer sus derechos. Debemos tener en cuenta que, en esos momentos, en Inglaterra, las feministas se hacían meter presas, no pagaban las multas, hacían huelgas de hambre, se paseaban por las ricas y suntuosas calles de Londres –como la Regent Street y la Bond Street– y rompían todas las vidrieras en señal de protesta por la discriminación de que eran objeto en el Reino Unido. Esta militancia no tuvo contrapartida en la vida de las feministas argentinas, y después vamos a abocarnos a otros antecedentes en este sentido. Las mujeres buscaban el esclarecimiento de la opinión pública y elevaban proyectos de ley y petitorios, los que eran prolijamente recibidos por las autoridades, pero inmediatamente archivados.

⁵⁵¹ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Antonio Cafiero, p. 4535. Dijo: “Recién en 1911 fue Alfredo Palacios el que presentó el primer proyecto de ley para permitir el voto de la mujer. Pero, ¿qué pasaba? En 1932 hasta se llegó a crear una comisión interparlamentaria para tratar los proyectos de ley destinados a lograr el voto para la mujer. Pero era un hecho manifiesto que tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados los conservadores rechazaban y se negaban al tratamiento de la iniciativa. Por ejemplo, el entonces diputado Francisco Uriburu, al tratarse un proyecto de ley de esta naturaleza, sostenía: “¿Para qué diablos transformar los hogares en infiernos donde la dueña de casa será demócrata nacional; la cocinera, socialista; la mucama, socialista independiente; la lavandera, radical antipersonalista y la institutriz, demócrata progresista?”. Como todos saben, en aquel entonces no existía el peronismo y, obviamente, las manifestaciones políticas que subsistieron posteriormente tenían este tipo de expresiones en el Parlamento de esa época. Y más aún, en los discursos se decía: “Creemos que el voto debe darse a las capaces y no a las incapaces. si hubo error al acordarlo a los incapaces hombres, debe corregirse”. Y se agregaba: “Pedimos que al dictarse la ley acordando el voto a la mujer, sea para la alfabeta mayor de edad y argentina nativa, porque para extenderlo a las demás hay tiempo, mientras dándolo a las incapaces y extranjerías significaría incurrir en un error irreparable”. Para los legisladores de entonces, las mujeres perdían su dignidad al votar. Además, se sostenía que el ejercicio del voto por parte de la mujer aumentaría la corrupción electoral y que las mujeres no votaban como clase ni como sexo, sino que lo hacían individualmente. En ningún país, tal como manifestaba un defensor de los derechos de las mujeres, las electoras forman un partido de mujeres contra los hombres y, por lo tanto, los peligros del feminismo no existen. Además, los legisladores que se oponían al voto lo hacían en el entendimiento de que la inteligencia de la mujer era dominada por las emociones o por la seriedad del problema –tan serio

cordando a Alicia Moreau de Justo⁵⁵² y Eva Perón⁵⁵³. Concluyó: “Si he querido rendir este testimonio histórico, que sólo tiene el valor de una evocación, ha sido porque al hablar del voto femenino y de la participación femenina en los cargos tanto electivos como partidarios, la figura de esta mujer no puede menos que estar presente en nuestras deliberaciones; pero también me ha parecido oportuno recordar a quienes la precedieron en el tiempo con la misma vocación, con el mis-

que necesitaba ser estudiado con mucha profundidad—; además, argumentaban que se trataba de una medida apresurada, pues todavía no se podían ver claramente los resultados en los países que habían adoptado este procedimiento.”

⁵⁵² Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Antonio Cafiero, p. 4535. Dijo: “Quiero traer a mi memoria un homenaje histórico para una mujer que, realmente, fue pionera en la defensa de los derechos políticos de la mujer argentina; me refiero a Alicia Moreau de Justo. No hace mucho tiempo, en una mesa redonda de la que me tocó participar junto a esta prestigiosa y brillante mujer de la política argentina, en un aparte le dije: “Vea Alicia, vengo a pedirle perdón porque en mis años mozos, cuando surgió el peronismo y usted nos atacaba con tanta fiereza, muchas veces me acordé muy mal de usted, tal como nos acordábamos los peronistas en esa época. Pero hoy que veo su mansedumbre, hoy que veo su calidad humana, hoy que veo la firmeza de sus convicciones políticas, porque a más de noventa años todavía sigue sustentando el brillo y la oratoria de su juventud, déjeme que le pida perdón en mi nombre y en el de muchos peronistas.” (Aplausos) Y continué diciéndole: “Yo sé que, a usted, como también a Victoria Ocampo, les hubiera gustado dialogar con Evita. El tiempo todo lo transforma, el tiempo todo lo cura: lamentablemente, a veces el tiempo nos hace llegar tarde”.

⁵⁵³ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Antonio Cafiero, p. 4537. Dijo: “Ya la mujer comenzaba a identificarse políticamente con la figura de Eva Perón. Eva Perón, quien hasta entonces había mantenido una actitud de apoyo a la ley, pero se había detenido sólo en el voto para la mujer, comienza a convocarla para la tarea política cotidiana y les dice: a las mujeres les ha llegado el momento de hacerse oír y de no ser explotadas como lo han sido hasta ahora. Se les debe conceder el voto, que será el arma que hará de nuestros hogares el recaudo supremo e inviolable de una conducta pública. En los hogares argentinos de mañana la mujer, con su agudo sentido intuitivo, estará velando por su país al velar por su familia. Su voto será el escudo de su fe, su voto será el testimonio vivo de su esperanza en un futuro mejor. Fíjense lo que dice Evita cuando años después, en 1950 ó 1951, escribe apasionadamente sobre su vida y sobre la función de la mujer y expresa: “El destino de la mujer es servir a los otros”. Ella tiene una concepción muy tradicional, llamémosle así, muy convencional del rol de la mujer en la sociedad. No es una feminista de aquel tiempo ni del nuestro. Ella alababa las virtudes hogareñas de la mujer. La concitaba y la llamaba a la política, pero le decía que esta era una forma de proteger los valores que la mujer tenía y debería seguir teniendo en el hogar.”

mo afán de lucha, aunque con otros procedimientos y distintas visiones de la sociedad.”

El convencional santafecino **Luis Alberto Cáceres** cerró la cesión, observando que: “Voy a formular una última reflexión referida al denominado cupo femenino, que está planteado como igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios. El artículo dice que tal propósito “... se garantizará con acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”. Es justo que esto figure. Podremos decir que venimos de incorporar dos tratados internacionales que en líneas generales lo contemplan; es cierto. También podremos decir, como manifestó algún señor convencional en este recinto, que está totalmente de acuerdo con el contenido, pero que como es así y piensa que no hay discriminaciones –o que no las debe haber– va a votar en contra. Con este criterio podríamos haber estado en contra de la esclavitud, ya que lesionaría hasta las leyes naturales, pero hubiéramos votado en contra por ese motivo y hubiésemos seguido teniendo la esclavitud. Hay algo que es cierto: hay discriminación. Vivimos en una sociedad machista y quiero pensar que por lo menos vamos a tratar de vivir en una sociedad un poco menos hipócrita. En definitiva, este tema de las mujeres en general nos vuelve locos porque las tenemos ...(aplausos) ... las citamos a Alicia Moreau de Justo, a Eva Duarte de Perón; nosotros a Margarita Malharro de Torres, porque fue la que presentó este proyecto de ley en el Senado de la Nación; los que no tienen alguna mujer conocida a nivel nacional o que haya presentado un proyecto, sacan los antecedentes históricos o la situación que en algún barrio, distrito o provincia tiene su partido para demostrar que en éste no hay machismo. Por favor, hay machismo en la sociedad.”⁵⁵⁴.

Agregó al respecto que: “Los partidos son un reflejo de la sociedad. Estoy hablando a partir de lo que considero es lo correcto; no

⁵⁵⁴ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Luis Alberto Cáceres, p. 4543.

de lo que me conviene o no. En esta provincia, cada vez que tenemos que compaginar para hacer una lista la mayoría con la minoría, el norte con el sur, la minoría y la mayoría del norte con las del sur intercalándolas y encima ahora también el dos y uno del cupo de la mujer, parece una misión imposible. Nos volvemos locos, se miran unos a otros y dicen quién votó esto. Y como hay una cuota de hipocresía, pero nadie come vidrios, ya que el 52 por ciento del padrón es femenino, fue votado en la legislatura y en el Congreso de la Nación. Aunque esto pueda ser interpretado por algunos como una redundancia, porque está en los Pactos de San José de Costa Rica y en el de Nueva York, que han sido incorporados con rango constitucional, vale que figure aquí. No vale solamente que nos llenemos de ternura cuando estamos con nuestra madre, que experimentemos distintas emociones cuando estamos con nuestra esposa o que se nos caigan las babas cuando vemos a nuestras hijas, vale también que reconozcamos en los hechos algo que va a demandar un tiempo, que es la igualdad de oportunidades. Porque cuando se confecciona una lista no vi jamás a ninguno de mis correligionarios que le solicitara a otro el certificado de capacidad. (Aplausos) Pero cuando se trata de mujeres, dónde está el bucodental, dónde está el certificado de la chicharra y dónde están todas las cosas que a nosotros no se nos pide.”⁵⁵⁵

Concluye su participación y cierra la discusión sobre ese tema con las siguientes palabras: “No temamos –las mujeres son capaces, pero nosotros también– a la competencia. Demos tiempo al tiempo, que cuando se incorporó esta cláusula por las mujeres, ellas aceptaron que se tratara de una discriminación; la denominaron positiva y por lo menos lo que decían en ese entonces era que pretendían que con el tiempo fuera achicándose hasta desaparecer, cuando los usos y costumbres de una sociedad se hubieran modificado lo suficientemente como para dar garantías de una igualdad efectiva y no de una igualdad declamada.

⁵⁵⁵ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Luis Alberto Cáceres, p. 4543.

Celebro que esta comisión haya tenido claridad para incorporar como cláusula transitoria un texto que si se hubiera incluido en la parte definitiva habría roto con esta idea de lo que tiene que estar permanentemente incorporado en la letra de la Constitución y lo que tiene que ser transitorio, porque el objetivo final es que desaparezca, que es la acción positiva.”⁵⁵⁶

3.6. Síntesis de las discusiones en la Convención Constituyente de 1994

Habiendo efectuado un relevamiento de todas las intervenciones durante la Convención Constituyente del año 1994, es oportuno realizar una síntesis de los argumentos e información que de ella se desprenden y que nos resultarán muy útiles a la hora de realizar la necesaria conceptualización de las medidas de acción positivas, que como adelanté, dan maro a las tutelas procesales diferenciadas.

De lo hasta aquí relevado resulta claro que la incorporación de las medidas de acción positiva a la Constitución Argentina tuvo su génesis en la lucha de las mujeres en contra de la discriminación histórica que vivieron en diversos ámbitos –político, institucional, laboral, familiar, etc.– a lo largo de la historia del país.

El antecedente ineludible, tanto por su impacto simbólico como por su carácter de condicionante fáctico y concreto de la composición de la Convención Constituyente, es el de la sanción de la ley 24.012 sobre cupo femenino, tres años antes de la reforma del año 1994. La posibilidad concreta que la Convención estuviese integrada por mujeres de distintos sectores políticos, ideologías, miradas, etc., fue posible gracias al cumplimiento del cupo del 30 % establecido en la reforma del Código Electoral de la Nación, que –justamente– es un ejemplo de esas medidas de acción positiva que se incorporaron al texto constitucional.

⁵⁵⁶ Acta de Sesiones (33), intervención del Convencional Luis Alberto Cáceres, p. 4544.

Fueron varias convencionales las que dieron cuenta de estos antecedentes, de la importancia de la ley de cupo femenino, de las historias de encuentros entre mujeres de distintos partidos políticos, sin dejar de mencionar las luchas anteriores por el derecho al voto femenino con referencias a grandes hitos y personalidades.

No es exagerado afirmar que en el año 1994 se produjo una reforma constitucional femenina destacando como sus logros más importantes los artículos 37 y 75, inciso 23 de la CN. Y esto se puede corroborar de la lectura de las actas de la convención reformadora, ya que las intervenciones y discursos en defensa de la incorporación de las medidas de acción positiva fueron encarnadas por mujeres de los distintos bloques partidarios. Basta a modo de ejemplo referirme a las sólidas intervenciones de las convencionales constituyentes como Marta Marino de Rubeo y Cecilia Norma Lipszyc del Partido Justicialista, Dora Sachs de Repetto y Bibiana Babbini del Partido Radical y Alicia Oliveira del Frente Grande. Ellas fueron la locomotora que llevó el tren de la lucha contra la discriminación e igualdad a destino.

Otra cuestión relevante para la presente tesis que surge de las actas de la convención son los antecedentes de reconocimiento e implementación de acciones positivas, tanto dentro de nuestro país como en el exterior que fueron puestos como ejemplos en los argumentos a favor de su incorporación a nuestro texto constitucional.

Veamos qué países fueron citados como antecedentes de constitucionalización de medidas de acción positiva;

La **Constitución de Paraguay** –del año 1992– fue citada por las convencionales Cecilia Lipszyc⁵⁵⁷ y Bibiana Babbini⁵⁵⁸. En efecto en su

⁵⁵⁷ Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc.

⁵⁵⁸ Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Bibiana Babbini, p. 2997. Dijo: “Similares temperamentos siguieron diferentes constituciones latinoamericanas, sobre todo en los últimos tiempos. Para no hacer un mayor abudamiento sólo mencionaré la Constitución del Paraguay, que en su artículo 46 indica expresamente que “las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”.

artículo 46 el texto constitucional inicia el capítulo del principio de igualdad con el siguiente contenido:

“Artículo 46 - De la igualdad de las personas.

Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.

Artículo 47 - De las garantías de la igualdad

El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1. La igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; 2. La igualdad ante las leyes; 3. La igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad, y 4. La igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura.

Artículo 48 - De la igualdad de derechos del hombre y de la mujer.

El hombre y la mujer tienen iguales derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El Estado promoverá las condiciones y creará los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio y facilitando la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional.”

Si bien la Constitución del Paraguay no refiere a las medidas de acción positiva, en efecto en el último párrafo de su artículo 46 hace referencia a la discriminación positiva. También se desprende que el tipo de igualdad pregonada en dicho texto se acerca a la idea de igualdad de oportunidades o a la igualdad estructural.

El doctrinario Maximiliano Mendieta Miranda al respecto sostuvo: “Así las cosas, este principio está contenido en el derecho internacional de los derechos humanos y se denomina principio de igualdad y no discriminación. La Igualdad se refiere a su aspecto positivo y la no discriminación, a su aspecto negativo. La primera, se refiere a perseguir la igualdad en el goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales y la segunda se refiere a la prohibición de la discriminación cuando la misma limita el acceso a aquellas prerrogativas. Coloquialmente si se quiere, se puede concluir que tanto la igualdad y la no-discriminación son caras de una misma moneda.”⁵⁵⁹

A los efectos de entender mejor el aspecto positivo, es decir, el de igualdad, la última parte del artículo constitucional en cuestión explica lo que se denomina también, en el derecho internacional de los derechos humanos; discriminación positiva, que consiste en las acciones que deben tomar los Estados, a través de políticas públicas, leyes, entre otros, que estén dirigidas a derrumbar y vencer desigualdades en el acceso a los derechos humanos y libertades fundamentales que sufren, principalmente, las personas o grupos de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad a consecuencia de exclusiones que se dan por distintos motivos que pueden consistir, entre otras, a través del sexismo, fundamentalismo religioso, homofobia, xenofobia y/o racismo.

Así también, esta discriminación estructural se arraiga a través de una sociedad, en gran medida, con clara ausencia de cultura que convive con la diversidad y conciencia en relación con los derechos humanos y la multiculturalidad paraguaya, que se extiende, desde las autoridades gubernamentales hasta las escuelas y universidades, pasando por los medios comerciales de comunicación y llegando a la gran mayoría de los operadores de justicia.

⁵⁵⁹ Mendieta Miranda, Maximiliano: “El principio de igualdad y no discriminación. Aproximaciones a la discriminación estructural del estado paraguayo hacia los pueblos indígenas”, *Derecho glob. Estud. sobre derecho justicia* vol.4 no.10 Guadalajara nov. 2018 Epub 14-Oct-2020.

Volviendo a la discriminación positiva, el capítulo V de la Constitución establece una regulación diferente en cuanto a las tierras de los pueblos indígenas considerando varios factores como el despojo histórico, la cosmovisión y la usurpación de su territorio: “El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo” (Constitución, Art. 64).⁵⁶⁰

Otro de los precedentes citados por Cecilia Lipszyc es la **Constitución de Suecia**⁵⁶¹ en tanto:

Art. 167: “Ningún acto legal en otro instrumento estatutario debe manifestar discriminación hacia ningún ciudadano en función de sexo, salvo la relevante provisión de formas que demuestren el esfuerzo a llevar adelante la igualdad entre varones y mujeres”.

Finalmente, la convencional Lipszyc hizo una breve referencia a la **Constitución de Nicaragua**, entiendo que en referencia al texto aprobado en 1987⁵⁶² y reformado por primera vez en 1990⁵⁶³. Allí se reconoce el principio de igualdad, en su versión clásica⁵⁶⁴, contiene una previ-

⁵⁶⁰ Mendieta Miranda, Maximiliano, “El principio de igualdad y no discriminación. Aproximaciones a la discriminación estructural del estado paraguay hacia los pueblos indígenas”, Derecho glob. Estud. sobre derecho justicia vol.4 no.10 Guadalajara nov. 2018 Epub 14-Oct-2020. Recientemente el Estado del Paraguay emitió un “Plan Nacional de Igualdad. Allandar obstáculos para la igualdad efectiva”, donde se desarrolla la evolución del principio de igualdad desde su reconocimiento constitucional en 1992 hasta el año 2018. Ver también, Mendieta Miranda, Maximiliano, “Informe sobre casos paradigmáticos de violencia y muerte de personas trans en Paraguay 2016-2020” Panambi, Asociación de travestis transexuales y transgéneros, Ygatimi 880, Asunción, Paraguay.

⁵⁶¹ Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3157. Allí dijo: “La Const. de Suecia plantea: “ningún acto legal en otro instrumento estatutario debe manifestar discriminación hacia ningún ciudadano en función de sexo, salvo la relevante provisión de formas que demuestren el esfuerzo a llevar adelante la igualdad entre varones y mujeres” - Cap. 2 Art. 167”

⁵⁶² Dicho texto constitucional del año 1987 fue modificado en los años 1990, 1995, 2000, 2004 y 2005.

⁵⁶³ Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3158.

⁵⁶⁴ Constitución de Nicaragua (1987): “Art. 27.- Todas las personas son iguales ante la ley y tiene derechos a igual protección. No habrá discriminación por motivo de

sión especial para reconocer la igualdad entre el hombre y la mujer en lo que respecta a los derechos políticos⁵⁶⁵, y al regular los derechos sociales identifica a grupos determinados a proteger como personas con discapacidad⁵⁶⁶, mujer embarazada⁵⁶⁷, niños⁵⁶⁸, ancianos⁵⁶⁹ y personas integrantes de la comunidad costa atlántica⁵⁷⁰.

nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma religión, opinión, origen, posición económica o condición social. Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país. El Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción”.

⁵⁶⁵ Constitución de Nicaragua (1987): “Art. 48.- Se establece la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses en el goce de sus derechos políticos, en el ejercicio de los mismos y en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, existe igualdad absoluta entre el hombre y la mujer. Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.” (el subrayado me pertenece).

⁵⁶⁶ Constitución de Nicaragua (1987): “Art. 62.- El Estado procurará establecer programas en beneficio de los discapacitados para su rehabilitación física, sicosocial y profesional y para su ubicación laboral.”

⁵⁶⁷ Constitución de Nicaragua (1987): “Art. 74.- El Estado otorga protección especial al proceso de reproducción humana. La mujer tendrá protección especial durante el embarazo y gozará de licencia con remuneración salarial y prestaciones adecuadas de seguridad social. Nadie podrá negar empleo a las mujeres aduciendo razones de embarazo ni despedirlas durante éste o en el período postnatal; todo de conformidad con la ley.”

⁵⁶⁸ Constitución de Nicaragua (1987): “Art. 76.- El Estado creará programas y desarrollará centros especiales para velar por los menores; éstos tienen derecho a las medidas de prevención, protección y educación que su condición requiere, por parte de su familia, de la sociedad y el Estado.”

⁵⁶⁹ Constitución de Nicaragua (1987): “Art. 77.- Los ancianos tienen derecho a medidas de protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado.”

⁵⁷⁰ Constitución de Nicaragua (1987): “Art. 90.- Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a la libre expresión y preservación de sus lenguas, arte y cultura. El desarrollo de su cultura y sus valores enriquece la cultura nacional. El Estado creará programas especiales para el ejercicio de estos derechos. ARTICULO 91.- El Estado tiene la obligación de dictar leyes destinadas a promover acciones que aseguren que ningún nicaragüense sea objeto de discriminación por razón de su lengua, cultura y origen.”

La Constitución de Italia y la de España fueron mencionada por Iván José María Cullen⁵⁷¹.

Empecemos por la **Constitución de la península itálica** del año 1947, que en sus primeros artículos expresa:

“Artículo 3: Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Constituye obligación de la Republica suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.”

Artículo 37: La mujer trabajadora tendrá los mismos derechos y, a igualdad de trabajo, la misma retribución que el trabajador. Las condiciones de trabajo deberán permitir a la mujer el cumplimiento de su misión familiar esencial y asegurar a la madre y al niño una protección especial adecuada. La Republica establecerá el límite máximo de edad para el trabajo asalariado. La Republica protegerá el trabajo de los menores con normas especiales y les garantizará para trabajos iguales, el derecho a la igualdad de retribución.”

Luigi Ferrajoli, en su obra *Principia Iuris* –analizada en parte en el capítulo anterior de esta obra–, menciona esta norma de la Constitución italiana como ejemplo de las garantías de la igualdad; “la garantía de la igualdad sólo puede venir a través de la garantía de la diferencia y viceversa. Es lo que establece el artículo 3 de la Constitución italiana, cuyo primer apartado impone que la diferencia no tenga relevancia como factor de discriminación, mientras que el segundo

⁵⁷¹ Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Iván José María Cullen, p. 3081. Dijo: “sin duda, esta norma refleja un avance considerable en la dogmática constitucional. Se trata de las llamadas acciones afirmativas o, dicho con mayor claridad, de discriminar o desigualar para igualar. Esto proviene de la Constitución de Italia de 1947. ha sido recogido por la Constitución de Santa Fe de 1962; y también se estableció en la Constitución de España de 1978.”

impone que, allí donde de hecho la discriminación se produzca en violación del primer apartado, sea eliminada como un obstáculo de orden social mediante las garantías primarias o normas de actuación que son, por ejemplo, las acciones positivas”⁵⁷²

Continuemos con la **regulación constitucional española** reformada en 1978:

“Artículo 9:... 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

Artículo 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

Entre las constituciones provinciales de la República Argentina, los convencionales destacaron los siguientes antecedentes: Constituciones de: Jujuy, Neuquén, Salta, La Rioja, Río Negro⁵⁷³ y Santa Fe⁵⁷⁴.

La Constitución de Santa Fe de 1962 establece sobre el principio de igualdad y la protección de algunos grupos desaventajados:

Artículo 8. Todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley. Incumbe al Estado remover los obstáculos de orden económi-

⁵⁷² Ferrajoli, Luigi, Principia Iuris...Ob. Cit., tomo 1, p. 754.

⁵⁷³ Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3158 y 3159. Dijo: “Por ejemplo, la Constitución de Neuquén sostiene: Todos los habitantes tienen idéntica dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo. Debieran removerse los obstáculos de orden económico y social que limitando de hecho la libertad y la igualdad de los habitantes impiden el desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los habitantes en la organización política, social y económica de la provincia. Estos conceptos están repetidos en las Constituciones de: Jujuy, Salta, La Rioja y Río Negro”.

⁵⁷⁴ Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Iván José María Cullen, p. 3081.

co y social que, limitando de hecho la igualdad y la libertad de los individuos, impidan el libre desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la vida política, económica y social de la comunidad.

Artículo 23.- La Provincia contribuye a la formación y defensa integral de la familia y al cumplimiento de las funciones que le son propias con medidas económicas o de cualquier otra índole encuadradas en la esfera de sus poderes. Procura que el niño crezca bajo la responsabilidad y amparo del núcleo familiar. Protege en lo material y moral la maternidad, la infancia, la juventud y la ancianidad, directamente o fomentando las instituciones privadas orientadas a tal fin.

La Constitución de Jujuy (1986) hizo las siguientes regulaciones:

Artículo 25. Igualdad ante la ley. 1. Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y gozan de igual protección de la ley en iguales condiciones y circunstancias. No se admite discriminación alguna por motivos de raza, color, nacionalidad, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, posición económica, condición social o de cualquier otra índole. 2. La Provincia no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos los habitantes, sin otras condiciones que las acreditadas por su idoneidad y méritos, son admisibles por igual en los cargos y empleos públicos, conforme a esta Constitución y la ley. 3. Nadie podrá invocar ni ser colocado en una situación de privilegio ni de inferioridad jurídica sin que medie expresa disposición de la ley. 4. La Provincia propenderá al libre desarrollo de la persona removiendo todo obstáculo que limite de hecho la igualdad y la libertad de los individuos o que impida la efectiva participación de todos en la vida política, económica, social y cultural de la comunidad.”

También, al establecer una serie de derechos sociales, el texto constitucional establece protecciones especiales de los siguientes grupos;

mujer embarazada⁵⁷⁵, niños⁵⁷⁶, jóvenes⁵⁷⁷, ancianos⁵⁷⁸, personas con discapacidad⁵⁷⁹, aborígenes⁵⁸⁰ y trabajadores⁵⁸¹.

La Constitución de La Rioja (1986)

Artículo 21°. Igualdad. Todos los habitantes tienen idéntica dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinciones ni privilegios por razones de sexo, raza, religión o cualquier otra condición socioeconómica o política. El Estado propenderá al pleno desarrollo de la

⁵⁷⁵ Constitución de Jujuy: “Artículo 45.- PROTECCION A LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD: 1. La maternidad y la paternidad constituyen valores sociales eminentes. 2. El Gobierno y la comunidad protegerán a los padres y a las madres, garantizándoles su plena participación laboral, intelectual, profesional y en la vida cívica del país y de la Provincia. 3. La madre y el niño gozarán de especial y privilegiada protección y asistencia. A tales fines el Estado arbitrará los recursos necesarios.”

⁵⁷⁶ Constitución de Jujuy: “Artículo 46.- PROTECCION A LA NIÑEZ: 1. El Estado propenderá a que el niño pueda disfrutar de una vida sana, mitigando los efectos de la miseria, la orfandad o su desamparo material o moral. 2. Los funcionarios del Ministerio Público de Menores, cuando los niños carecieren de padres o representantes legales o cuando éstos no cumplieren con sus obligaciones, deberán solicitar la designación de tutores especiales para que gestionen lo que fuere necesario para su adecuada protección material y espiritual, bajo su supervisión. 3. El Estado deberá tomar las medidas apropiadas para brindar eficaz protección a los niños privados de un medio familiar normal.”

⁵⁷⁷ Constitución de Jujuy: “Artículo 47.- GARANTIAS PARA LA JUVENTUD: 1. Los jóvenes gozarán de garantías especiales para la realización efectiva de sus derechos económicos, sociales y culturales, en igualdad de oportunidades. 2. El Estado deberá desarrollar políticas para la juventud que tengan como objetivo prioritario fomentar su creatividad, responsabilidad y sentido de servicio a la comunidad.”

⁵⁷⁸ Constitución de Jujuy: “Artículo 49.- PROTECCION A LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA Las personas de edad avanzada tienen derecho a la seguridad económica y social, al goce de la cultura, del tiempo libre, a una vivienda digna y a condiciones de convivencia que tiendan a proporcionarles oportunidades de realización plena a través de una participación activa en la vida de la comunidad.

⁵⁷⁹ Constitución de Jujuy: “Artículo 48.- PROTECCION A LOS DISCAPACITADOS El Estado garantiza el derecho de asistencia educativa e integral a los discapacitados, procurando los medios que les fueren necesarios para su integración plena en la sociedad.”

⁵⁸⁰ Constitución de Jujuy: “Artículo 50.- PROTECCION A LOS ABORIGENES La Provincia deberá proteger a los aborígenes por medio de una legislación adecuada que conduzca a su integración y progreso económico y social.”

⁵⁸¹ Constitución de Jujuy: “Artículo 52.- DERECHOS DE LOS TRABAJADORES La Provincia, en ejercicio del poder de policía que le compete, garantiza a los trabajadores el pleno goce y ejercicio de sus derechos reconocidos en la Constitución Nacional y la ley, y en especial...”

persona humana y a la efectiva participación de todos los habitantes en la organización política, económica y social de la provincia, removiendo los obstáculos de orden jurídico, económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los mismos, impidan tal realización.”

Por su parte, realiza una especial protección de los siguientes grupos vulnerables; trabajadores⁵⁸², madres⁵⁸³, niños y adolescentes⁵⁸⁴, ancianos⁵⁸⁵ y personas con discapacidad⁵⁸⁶.

⁵⁸² Constitución de La Rioja: “ARTÍCULO 33º.- DERECHOS DEL TRABAJADOR. El trabajo, como digna actividad humana, goza de la protección del Estado provincial, quien reconoce y declara los siguientes derechos a objeto de que todas las autoridades ajusten sus acciones a los principios informadores de los mismos: derecho a trabajar; a una retribución justa; a la capacitación; a condiciones dignas de trabajo; a la participación en las ganancias de la empresa con control de su producción, cogestión o autogestión en la dirección; a la preservación de la salud; al bienestar; a la seguridad social; a la protección de su familia; al mejoramiento económico; a la defensa de sus intereses profesionales y de aprender y enseñar...”

⁵⁸³ Constitución de La Rioja: “ARTÍCULO 34º.- PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. La familia como núcleo primario y fundamental de la sociedad será objeto de preferente atención por parte del Estado provincial, el que reconoce sus derechos en lo que respecta a su constitución, defensa y cumplimiento de sus fines. La Provincia promoverá la unidad económico familiar y el bien de familia, conforma lo que una ley especial determine. La atención y asistencia de la madre y el niño gozarán de la especial consideración del Estado”

⁵⁸⁴ Constitución de La Rioja: “ARTÍCULO 36º.- PROTECCIÓN DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE. Todo niño o adolescente tiene derecho a la protección integral por cuenta y cargo de su familia. En caso de desamparo total o parcial, moral o material, permanente o transitorio, corresponde a la Provincia como inexcusable deber social, proveer a dicha protección ya sea en forma directa o por medio de institutos.”

⁵⁸⁵ Constitución de La Rioja: “ARTÍCULO 37º.- PROTECCIÓN DE LA ANCIANIDAD. Todo anciano tiene derecho a la protección integral por cuenta y cargo de su familia. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer a dicha protección, ya sea en forma directa o por intermedio de los institutos o fundaciones creados para ese fin.”

⁵⁸⁶ Constitución de La Rioja: “ARTÍCULO 38º.- PROTECCIÓN DEL DISCAPACITADO. La Provincia promoverá políticas de prevención, protección, rehabilitación e integración de los discapacitados físicos y psíquicos, como asimismo aquellas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto a los deberes de solidaridad para con ellos.”

La Constitución de Salta (1986)

“Artículo 13: Principio de igualdad. Todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. No se admiten fueros personales. Quedan suprimidos todos los títulos y tratamientos honoríficos o de excepción para los cuerpos, magistrados y funcionarios de la Provincia, cualquiera sea su investidura. Los poderes públicos aseguran las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, procurando remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Garantizase la igualdad del hombre y la mujer y el ejercicio pleno de sus derechos económicos, sociales, culturales y políticos.”

A lo largo del texto constitucional se identifican y protegen los integrantes de los siguientes grupos; pueblos indígenas⁵⁸⁷, consumido-

⁵⁸⁷ Constitución de Salta: “Artículo 15: PUEBLOS INDÍGENAS. I. La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta. Reconoce la personalidad de sus propias comunidades y sus organizaciones a efectos de obtener la personería jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales de acuerdo con lo que establezca la ley. Créase al efecto un registro especial. Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras fiscales que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes ni embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten de acuerdo a la ley. II. El Gobierno Provincial genera mecanismos que permitan, tanto a los pobladores indígenas como no indígenas, con su efectiva participación, consensuar soluciones en lo relacionado con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros.”

res y usuarios⁵⁸⁸, madres⁵⁸⁹, niños⁵⁹⁰, jóvenes⁵⁹¹, ancianos⁵⁹², personas con discapacidad⁵⁹³ y trabajadores⁵⁹⁴.

⁵⁸⁸ Constitución de Salta: “Artículo 31: DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades aseguran la protección de esos derechos, la educación para el consumo, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales, la calidad y eficiencia de los servicios públicos y la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios. La legislación regula la publicidad para evitar inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación y establece sanciones contra los mensajes que distorsionen la voluntad de compra del consumidor mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas. La legislación establece procedimientos eficaces y expeditos para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia provincial, previendo la necesaria participación de los consumidores, usuarios, asociaciones que los representen y municipios, en los órganos de control.”

⁵⁸⁹ Constitución de Salta: “Artículo 32: RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. La familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. Los poderes públicos protegen y reconocen sus derechos para el cumplimiento de sus fines. La madre goza de especial protección y las condiciones laborales deben permitirle el cumplimiento de su esencial función familiar.”

⁵⁹⁰ Constitución de Salta: “Artículo 33: DE LA INFANCIA. El Estado asegura la protección de la infancia, cubriendo sus necesidades afectivas, ambientales, de educación, salud, alimentación y recreación.”

⁵⁹¹ Constitución de Salta: “Artículo 34: DE LA JUVENTUD. El Estado promueve el desarrollo integral de los jóvenes, posibilita su perfeccionamiento y su aporte creativo. Propende a lograr una plena formación cultural, cívica y laboral, que desarrolle la conciencia nacional, que lo arraigue a su medio y que asegure su participación efectiva en las actividades comunitarias y políticas.”

⁵⁹² Constitución de Salta: “Artículo 35: DE LA ANCIANIDAD. Se reconoce a la ancianidad el derecho a una existencia digna, considerándola como una etapa fecunda de la vida, susceptible de una integración activa sin marginación, y es deber del Estado proteger, asistir y asegurar sus derechos. La Provincia procura a los habitantes de la tercera edad: La asistencia. La vivienda. La alimentación. El vestido. La salud física. La salud moral. El esparcimiento. El trabajo acorde con sus condiciones físicas. La tranquilidad. El respeto.”

⁵⁹³ Constitución de Salta: Artículo 36: “DE LOS DISCAPACITADOS. Los poderes públicos brindan a los discapacitados físicos, sensoriales o psíquicos la asistencia apropiada, con especial énfasis en la terapia rehabilitadora y en la educación especializada. Se los ampara para el disfrute de los derechos que les corresponden como miembros plenos de la comunidad.”

⁵⁹⁴ Constitución de Salta: “Artículo 43: PROTECCIÓN DEL TRABAJO. El trabajo, en sus diversas formas, es un derecho y un deber en la realización de la persona y en

La Constitución de Río Negro (1988)

Artículo 14. Los derechos y garantías establecidos expresa o implícitamente en esta Constitución tienen plena operatividad sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación. El Estado asegura la efectividad de los mismos, primordialmente los vinculados con las necesidades vitales del hombre. Tiende a eliminar los obstáculos sociales, políticos, culturales y económicos, permitiendo igualdad de posibilidades.

Artículo 32. El Estado afianza la igualdad de derechos entre la mujer y el varón en los aspectos culturales, políticos, económicos y sociales, para lograr juntos una participación real en la organización y conducción de la comunidad.

La constitución rionegrina efectúa, además, una especial protección de los siguientes grupos vulnerables; trabajadores, madres, niños⁵⁹⁵, ancianos⁵⁹⁶ y personas con discapacidad⁵⁹⁷.

su activa participación en la construcción del bien común. Por su alta finalidad social goza de la especial protección de las leyes, que deberán procurar al trabajador las condiciones de una existencia digna y libre. La Provincia reconoce al trabajo como la fuente genuina del progreso y bienestar de todos sus habitantes. A través de él las personas manifiestan su capacidad creadora.”

⁵⁹⁵ Constitución de Río Negro: “Artículo 33. Los niños tienen derecho a la protección y formación integral por cuenta y cargo de su familia; merecen trato especial y respeto a su identidad, previniendo y penando el Estado cualquier forma de mortificación o explotación. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer dicha protección, en hogares con personal especializado, sin perjuicio de la obligación de subrogarse en el ejercicio de las acciones para demandar a los familiares obligados los aportes correspondientes. Reciben por los medios de comunicación mensajes pacíficos y orientados a su formación en base a los valores de la argentinidad, solidaridad y amistad.”

⁵⁹⁶ Constitución de Río Negro: “Artículo 35. Las personas de la tercera edad, por su experiencia y sabiduría continúan aportando al progreso de la comunidad. Se les garantiza el derecho a trabajar y a gozar del esparcimiento, tranquilidad y respeto de sus semejantes. Tienen derecho a su protección integral por cuenta y cargo de su familia. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer dicha protección, sin perjuicio de la obligación de subrogarse en el ejercicio de las acciones para demandar de los familiares obligados los aportes correspondientes.”

⁵⁹⁷ Constitución de Río Negro: “Artículo 36. El Estado protege integralmente a toda persona discapacitada, garantizando su asistencia, rehabilitación, educación, capac-

De las Constituciones que fueron individualizadas en las sesiones de la Convención Constituyente de 1994 entiendo que el antecedente más relevante de las medidas de acción positivas es el último párrafo del artículo 46 de la Constitución del Paraguay que dice: “Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.”

En el resto de las cartas magnas, tanto de otras naciones como las de las provincias argentinas mencionadas, si bien manifiestan que el Estado debe remover los obstáculos para el efectivo goce de los derechos, sostienen un modelo de igualdad tradicional, en algunos casos con cláusulas antidiscriminatorias. Esta regulación no alcanza a constituir un reconocimiento de la herramienta de medidas de acción positiva, ya que la actividad que se le exige al Estado tiene como destinatarios a las personas en general, sin hacer referencia a un trato diferente –que afecte la igualdad tradicional– en favor de algún grupo vulnerable. Es cierto que, en muchos casos, por separado, dichas constituciones establecen la protección de algunos grupos como mujeres, niños, ancianos, trabajadores, etc., pero sin referir a una discriminación positiva respecto de sus integrantes. Es decir, están presentes algunos elementos de las acciones afirmativas, aunque falta un eslabón que permita el funcionamiento integral de dicha herramienta constitucional.

Contextualizando el momento histórico en el que se produjo la reforma constitucional y relevando los ordenamientos jurídicos que fueron analizados por los constituyentes, intuyo que la regulación del artículo 75, inciso 23, primer párrafo, es una norma original que avanza en las garantías de la igualdad jurídica sustancial en una forma inédita en el derecho comparado. Esta particularidad de no contar con un régimen del cual tomar nota para seguir e interpretar, implica un desafío

itación e inserción en la vida social. Implementa políticas de prevención y procura que la sociedad tome conciencia y adopte actitudes solidarias. Las construcciones públicas prevén el desplazamiento normal de los discapacitados. El Estado promueve a las personas excepcionales y facilita su educación especial.”

político institucional para resolver cuestiones que indefectiblemente se plantearan frente a la aplicación de las medidas de acción positiva en nuestro país.

Entre las características centrales de las medidas de acción positivas se puede relevar que se trata de medidas legislativas –obligación indelegable del Estado–, que pueden y deben ser acompañadas –dentro de sus competencias por los otros dos poderes constituidos, el judicial y el ejecutivo–, que su existencia se justifica por una situación de desigualdad real o estructural respecto de personas que integran grupos vulnerables o en relación a derechos fundamentales, que pueden ser instrumentalizadas a través de normas que utilicen el sistema de metas u objetivos o el mecanismo de cupos (en estos casos se impone a los ciudadanos el deber de aceptar ser eliminados de una competencia en aplicación de dicho régimen promocional), que tienen carácter temporal y que duran mientras se mantengan las causas que justificaron su creación.

En cuanto a los grupos afectados, fue explicado por quienes redactaron la Constitución que, por la redacción del nuevo inciso, el listado que individualiza a las personas allí identificadas, como beneficiarias de las medidas de acción positiva, podía ser ampliado a partir del cambio de las circunstancias sociales –básicamente desigualdades estructurales– que en el futuro implicaran la necesidad de garantizar la igualdad jurídica con estas medidas.

Los variados argumentos en contra fueron, desde una defensa del derecho a la vida y oposición a la despenalización del aborto (como vimos no estaba en discusión) hasta posturas ideológicas liberales-conservadoras de oposición al concepto de igualdad que propone la incorporación de las medidas de acción positivas (ejemplo de ellos es la frase de Alsogaray: “Por más que sea una aspiración, la igualdad de oportunidades es algo irrealizable”), pasando por argumentos referidos a la innecesaridad de agregar derechos a la Constitución, por estar ya implícitamente reconocidos en su artículo 33 o por encontrarse enumerados en los Tratados de Derechos Humanos incorporados al bloque de constitucionalidad.

Varios de los convencionales constituyentes reconocieron expresamente que la incorporación de las medidas de acción positiva implicaba implantar un nuevo principio de igualdad complementario del art. 16 de la CN. Recupero aquí por su claridad, la intervención de Alasino: “En realidad, lo que estamos tratando de hacer en este inciso es agregarle un contenido distinto al viejo derecho de igualdad de la Constitución Nacional”.

Hasta aquí, las primeras reflexiones sobre la nueva regulación constitucional.

V. Las medidas de acción positiva en los tratados de derechos humanos (75 inc. 22)

El primer instrumento internacional de derechos humanos en abordar la cuestión de la discriminación positiva en su articulado es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que en el inciso 4 del artículo 1° dispuso: “Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”.

En su artículo 2.2, dispone la Convención; “Los Estados Partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas

personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”.

Por su parte, el **Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial** emitió la Recomendación General N° 32, sobre el “Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.”

En la Observación General N° 18 del **Comité de Derechos Humanos** se hace referencia a este tipo de discriminación: “10. El Comité desea también señalar que el principio de igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de quien se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto.”

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece medidas especiales de carácter temporario al disponer en su artículo 4 que: “1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. 2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las conteni-

das en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.”

El **Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer** dedicó dos de sus 25 Observaciones Generales a las medidas especiales de carácter temporario (O. G. N° 5 y O.G. N° 23).

La Observación General N° 5 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, expresa: “Tomando nota de que los informes, las observaciones introductorias y las respuestas de los Estados Partes revelan que, si bien se han conseguido progresos apreciables en lo tocante a la revocación o modificación de leyes discriminatorias, sigue existiendo la necesidad de que se tomen disposiciones para aplicar plenamente la Convención introduciendo medidas tendentes a promover de facto la igualdad entre el hombre y la mujer, Recordando el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención, Recomendando que los Estados Partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo.”

En la Observación General N° 23 dedicada a la “Vida política y pública” de la Mujer (16° período de sesiones –1997–), en su punto 15 abordó las “medidas especiales de carácter temporal”. Allí el Comité dijo: “La eliminación de las barreras jurídicas, aunque necesaria, no es suficiente. La falta de una participación plena e igual de la mujer puede no ser deliberada, sino obedecer a prácticas y procedimientos trasnochados, con los que de manera inadvertida se promueve al hombre. El artículo 4 de la Convención alienta a la utilización de medidas especiales de carácter temporal para dar pleno cumplimiento a los artículos 7 y 8...para superar siglos de dominación masculina en la vida pública, la mujer necesita también del estímulo y el apoyo de todos los sectores de la sociedad si desea alcanzar una participación plena y efectiva, y esa tarea deben dirigirla los Estados Partes de la Convención, así como los partidos políticos y los funcionarios públicos. Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que las medidas especiales de carácter tem-

poral se orienten claramente a apoyar el principio de igualdad y, por consiguiente, cumplan los principios constitucionales que garantizan la igualdad de todos los ciudadanos.”

Por su parte el **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, en su Observación General N° 9 dice: “Las garantías de igualdad y no discriminación deben interpretarse, en la mayor medida posible, de forma que se facilite la plena protección de los derechos económicos, sociales y culturales.”

Sin dudas el documento central en que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aborda las medidas de acción positiva frente a las discriminaciones sistémicas, es la Observación General N 20. Allí expresa que: “Para erradicar la discriminación sustantiva en ocasiones los Estados partes pueden verse obligados a adoptar medidas especiales de carácter temporal que establezcan diferencias explícitas basadas en los motivos prohibidos de discriminación. Esas medidas serán legítimas siempre que supongan una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación de facto y se dejen de emplear una vez conseguida una igualdad sustantiva sostenible. Aun así, algunas medidas positivas quizás deban tener carácter permanente, por ejemplo, la prestación de servicios de interpretación a los miembros de minorías lingüísticas y a las personas con deficiencias sensoriales en los centros de atención sanitaria.”

Así, dicho Comité abordó la discriminación sistémica del siguiente modo: “El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.”

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, interpretó la aplicación en el plano nacional de la siguiente forma: “Además de

abstenerse de discriminar, los Estados partes deben adoptar medidas concretas, deliberadas y específicas para asegurar la erradicación de cualquier tipo de discriminación en el ejercicio de los derechos recogidos en el Pacto. Los individuos y grupos de individuos que pertenezcan a alguna de las categorías afectadas por uno o varios de los motivos prohibidos de discriminación deben poder participar en los procesos de toma de decisiones relativas a la selección de esas medidas. Los Estados partes deben evaluar periódicamente si las medidas escogidas son efectivas en la práctica.”

Respecto de las “Medidas legislativas”, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dijo: “La aprobación de leyes para combatir la discriminación es indispensable para dar cumplimiento al artículo 2.2. Se insta por lo tanto a los Estados partes a adoptar legislación que prohíba expresamente la discriminación en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales. Esa legislación debe tener por fin eliminar la discriminación formal y sustantiva, atribuir obligaciones a los actores públicos y privados y abarcar los motivos prohibidos de discriminación analizados en los párrafos anteriores. También deben revisarse periódicamente, y modificarse en caso necesario, las demás leyes, para asegurarse de que no discriminen, ni formal ni sustantivamente, en relación con el ejercicio y el goce de los derechos recogidos en el Pacto.”

En cuanto a los “Políticas, planes y estrategias”, dicho Comité sostuvo: “Los Estados partes deben asegurarse de que existan, y se apliquen, planes de acción, políticas y estrategias para combatir la discriminación formal y sustantiva en relación con los derechos recogidos en el Pacto, tanto en el sector público como en el privado. Esos planes, políticas y estrategias deben abarcar a todos los grupos afectados por los motivos prohibidos de discriminación, y se alienta a los Estados partes a que, entre otras posibles iniciativas, adopten medidas especiales de carácter temporal para acelerar la consecución de la igualdad. Las políticas económicas, como las asignaciones presupuestarias y las medidas destinadas a estimular el crecimiento económico, deben prestar atención a

la necesidad de garantizar el goce efectivo de los derechos sin discriminación alguna. Debe exigirse a las instituciones públicas y privadas que elaboren planes de acción para combatir la discriminación, y el Estado debe educar y capacitar a los funcionarios públicos, y poner esa capacitación también a disposición de los jueces y los candidatos a puestos del sistema judicial. La enseñanza de los principios de igualdad y no discriminación debe integrarse en el marco de una educación multicultural e incluyente, tanto académica como extraacadémica, destinada a erradicar los conceptos de superioridad o inferioridad basados en los motivos prohibidos de discriminación y a promover el diálogo y la tolerancia entre los distintos grupos de la sociedad. Los Estados partes también deben adoptar medidas adecuadas de prevención para evitar que se creen nuevos grupos marginados.”

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre “Eliminación de la discriminación sistémica”, dijo: “Los Estados partes deben adoptar un enfoque proactivo para eliminar la segregación y la discriminación sistémicas en la práctica. Para combatir la discriminación será necesario, por lo general, un planteamiento integral que incluya una diversidad de leyes, políticas y programas, incluidas medidas especiales de carácter temporal. Los Estados partes deben considerar la posibilidad de emplear incentivos o sanciones para alentar a los actores públicos y privados a modificar su actitud y su comportamiento frente a los individuos y grupos de individuos que son objeto de discriminación sistémica. A menudo son necesarios un liderazgo público, programas de creación de conciencia sobre la discriminación sistémica y la adopción de medidas contra la incitación a la discriminación. En muchos casos, para eliminar la discriminación sistémica será necesario dedicar más recursos a grupos que tradicionalmente han sido desatendidos. Dada la persistente hostilidad contra ciertos grupos, deberá prestarse especial atención a asegurar que los funcionarios y otras personas apliquen las leyes y las políticas en la práctica.”

Por último quiero traer a colación sobre el tema en análisis la interpretación que hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su

Opinión Consultiva N° 18: “Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por este Tribunal en el sentido de que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”⁵⁹⁸. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”⁵⁹⁹. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran⁶⁰⁰. Por ejemplo, una desigualdad sancionada por la ley se refleja en el hecho de que los menores de edad que se encuentran detenidos en un centro carcelario no pueden ser reclusos conjuntamente con las personas mayores de edad que se encuentran también detenidas. Otro ejemplo de estas desigualdades es la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía.”

En síntesis, los pactos, convenciones y tratados referidos, así como las observaciones e interpretaciones de sus órganos son una guía o pautas para comprender y aplicar en nuestro ordenamiento jurídico nacional las medidas de acción positiva.

⁵⁹⁸ Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 1, párr. 46; y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, supra nota 32, párr. 56.

⁵⁹⁹ Cfr. Eur. Court H.R., Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002, para. 39; Eur. Court H.R., Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002, para. 46; Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10.

⁶⁰⁰ Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 1, párr. 46.

VI. Medidas de acción positiva en la legislación argentina

En este punto realizaré un relevamiento de las principales normas adoptadas en el ámbito federal que pueden ser consideradas como ejemplos de medidas de acción positiva, con la finalidad de evaluar las diversas modalidades que puede adquirir esta herramienta y comprender su estructura y funcionamiento, sabiendo por otra parte que existe también en los ámbitos provinciales abundante normativa similar. Este repaso –a vuelo de pájaro– es una primera inducción a las medidas de acción positiva en la práctica que merecerá un mejor y mayor tratamiento por la academia jurídica argentina.

1. Leyes

1.1. La Ley 22.431⁶⁰¹ de cupo acceso al trabajo a personas con discapacidad (1981).

Se trata posiblemente de uno de los antecedentes más antiguos de las medidas de acción positiva, que establece un sistema de cupos obligatorios en materia laboral para personas con discapacidad, aprobado por un régimen dictatorial en el que la democracia y los derechos humanos no eran practicados ni respetados en absoluto⁶⁰².

En su segundo capítulo, dedicado al trabajo y la educación, establece para el Estado nacional y el Municipio de Buenos Aires un cupo laboral

⁶⁰¹ Sancionada el 16 de marzo de 1981. Es una norma dictada durante la última dictadura militar de la Argentina, donde el Congreso se encontraba cerrado y la facultad legislativa estaba en cabeza del presidente por disposición del artículo 5° del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional.

⁶⁰² Dice: “Artículo 1° - Institúyese por la presente ley, un sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales.”

de personas con discapacidad del 4% de la totalidad de su personal⁶⁰³ y una prioridad para dicho grupo vulnerable para el otorgamiento del uso de bienes del dominio público o privado de dichos Estados⁶⁰⁴.

1.2. Ley 24.012 cupo femenino en listas electorales (1991)

Por la importancia política e histórica esta norma –que fue el motor de la incorporación de las medidas de acción positiva en la reforma de 1994– fue abordada al inicio del presente capítulo, remitiéndome a dicho tratamiento.

1.3. Ley 24.901⁶⁰⁵ de personas con discapacidad (1997)⁶⁰⁶

Esta norma estableció un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando accio-

⁶⁰³ Art. 8° - El Estado nacional, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, están obligados a ocupar personas discapacitadas que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4 %) de la totalidad de su personal.”

⁶⁰⁴ Art. 11. - En todos los casos en que se conceda u otorgue el uso de bienes del dominio público o privado del Estado nacional o de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires para la explotación de pequeños comercios, se dará prioridad a las personas discapacitadas que estén en condiciones de desempeñarse en tales actividades, siempre que las atiendan personalmente, aún cuando para ello necesiten del ocasional auxilio de terceros. Idéntico criterio adoptarán las empresas del Estado nacional y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires con relación a los inmuebles que les pertenezcan o utilicen. Será nulo de nulidad absoluta la concesión o permiso otorgado sin observar la prioridad establecida en el presente artículo. El Ministerio de Trabajo, de oficio o a petición de parte, requerirá la revocación por ilegitimidad de tal concesión o permiso. Revocado por las razones antedichas la concesión o permiso, el organismo público otorgará éstos en forma prioritaria y en las mismas condiciones, a persona o personas discapacitadas.

⁶⁰⁵ Sancionada el 05 de noviembre de 1997. Publicada en el Boletín Oficial del 05-dic-1997.

⁶⁰⁶ López Viñals, J (2020) “Derechos de las Personas con Discapacidad en contextos de Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio” en Nuevas propuestas, año XL vol. 55. Pp. 26-33. Ediciones UCSE. Santiago del Estero.

nes de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos.

Se trata de una ley integral de protección de los derechos –básicamente a la salud y previsión social– que implicó el acceso obras sociales con prestaciones básicas, específicas y complementarias en materia de rehabilitación e integración educativa y asistencial. No incorpora ningún sistema de cupo laboral ni educativo.

1.4. Ley 25.674⁶⁰⁷ de cupo femenino en representación sindical (2002)⁶⁰⁸

Esta ley dispone que cada unidad de negociación colectiva de las condiciones laborales, deba contar con la participación proporcional de mujeres delegadas en función de la cantidad de trabajadoras de dicha rama o actividad. Es decir, la integración obligatoria con Mujeres en cargos electivos y representativos de las organizaciones sindicales, determinando que el porcentaje femenino será de un mínimo de un 30% cuando el número de mujeres alcance o supere ese porcentual sobre el total de los trabajadores y trabajadoras. Además, en los ca-

⁶⁰⁷ Sancionada el 06 de noviembre de 2002. Publicada en el Boletín Oficial del [29-nov-2002](#).

⁶⁰⁸ El decreto 514/03, a través del cual requiere previo a la constitución de las comisiones de negociación a que se refieren el art. 4to. de la ley N° 23.546 y su modificatoria, la ley N° 25.250, y el art. 6to. del decreto 447/93, dice que “la o las organizaciones sindicales de cualquier grado deberán, juntamente con la designación de sus representantes, denunciar con carácter de declaración jurada, la cantidad porcentual de mujeres sobre el total de los trabajadores que se desempeñan en el ámbito de la negociación correspondiente, a fin de que la autoridad de aplicación verifique que se ha cumplido con la participación proporcional de las mujeres que establece el artículo 1 de la ley 25.674, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el art. 2do. de esta ley en caso que se incumpla la obligación establecida en el párrafo precedente o en caso de que la cantidad porcentual de mujeres denunciada fuera inferior a la cantidad porcentual de mujeres que se desempeñan realmente en el ámbito de negociación correspondiente”. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social emitió la Resolución 434/2021 de creación del Programa de Fortalecimiento del Liderazgo de las Mujeres y Diversidades Sexuales en las Organizaciones Sindicales, en el ámbito de la Subsecretaría de Políticas de Inclusión en el Mundo Laboral, dependiente de la Secretaría de Trabajo.

sos en que dicha cantidad no llegase al 30% del total del colectivo de trabajadores representados, el cupo para cubrir la participación femenina en las listas de candidatos y su representación en los cargos electivos y representativos de la asociación sindical, será proporcional a esa cantidad.⁶⁰⁹

1.5. Ley 26.485⁶¹⁰ de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (2009)

Esta ley tiene por objeto principal promover y garantizar la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida y proteger el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia.

Los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar los siguientes preceptos rectores la eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres y la adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres, entre otros.

⁶⁰⁹ La ley 23.551 quedó redactada de la siguiente forma: “Artículo 18. - Para integrar los órganos directivos, se requerirá... La representación femenina en los cargos electivos y representativos de las asociaciones sindicales será de un mínimo del 30% (treinta por ciento), cuando el número de mujeres alcance o supere ese porcentual sobre el total de los trabajadores. Cuando la cantidad de trabajadoras no alcanzare el 30% del total de trabajadores, el cupo para cubrir la participación femenina en las listas de candidatos y su representación en los cargos electivos y representativos de la asociación sindical, será proporcional a esa cantidad. Asimismo, las listas que se presenten deberán incluir mujeres en esos porcentuales mínimos y en lugares que posibiliten su elección. No podrá oficializarse ninguna lista que no cumpla con los requisitos estipulados en este artículo.”

⁶¹⁰ Sancionada el 11 de marzo de 2009. Publicada en el Boletín Oficial el 14/04/09.

1.6. Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario (2010)⁶¹¹

Esta norma es producto de una larga lucha de la sociedad movilizadora para, a través de la reforma del Código Civil, establecer que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

Entre las varias modificaciones se destaca que con la nueva legislación todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo.

1.7. Ley 26.743 de Identidad de Género (2012)

La ley establece el derecho a la identidad de género y dispone que implica el reconocimiento de su identidad de género; el libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género y ser tratada de acuerdo

⁶¹¹ Ampliar en: Solari, Néstor y Von Opiela, Carolina (directores), *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicancias. Efectos*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011; Bimbi, Bruno, *Matrimonio Igualitario. Intrigas, tensiones y secretos en el camino hacia la ley*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2010; Robichaux, David (compilador), *Familia y diversidad en América Latina. Estudio de casos*. Clacso Libros, Buenos Aires, 2007; Ferrer, Francisco A. M. y Otros, *Nuevo Régimen Legal del Matrimonio Civil. Ley 26.618*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010; Gil Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria y Herrera, Marisa, *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia. Ley 26.618*, Ediar, Buenos Aires, 2010; Massenzio, Flavia y Rachid, María, “La conquista del matrimonio igualitario en la Argentina”, Dossier, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica.

con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

Según esta norma legal se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

La implicancia más concreta de esta regulación es que toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género auto percibida.

La ley 26.743 coincide con los criterios de nuestro sistema de protección de Derechos Humanos, como puede apreciarse de la lectura de la Opinión Consultiva N° 24 del 24 de noviembre de 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que establece que: “la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención” y que “en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación”.

1.8. Ley 27.412 de paridad de género en ámbitos de representación política (2017)

Esta norma profundiza la política de paridad iniciada en la materia, nuevamente modificando el Código Electoral Nacional, disponiendo su nuevo artículo 60 que; “Las listas de candidatos/as que se presenten para la elección de senadores/as nacionales, diputados/as nacionales y

parlamentarios/as del Mercosur deben integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente...”.

También regula las sustituciones en los cargos para casos de muerte renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un diputado⁶¹² o senador nacionales⁶¹³ y parlamentarios del Mercosur⁶¹⁴, estableciendo que será reemplazado por el suplente de igual sexo, y si no quedaran mujeres en la lista, se considerará la banca como vacante.

También modifica la ley 23.298, orgánica de los partidos políticos, obligando a sus autoridades y afiliados a ajustar su actuación, respetando la paridad de género en el acceso a cargos partidarios y en su funcionamiento institucional⁶¹⁵.

⁶¹² El Código Electoral Nacional quedó redactado de la siguiente forma: “**Artículo 164:** En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un/a Diputado/a Nacional lo/a sustituirán los/as candidatos/as de su mismo sexo que figuren en la lista como candidatos/as titulares según el orden establecido. Una vez que ésta se hubiere agotado ocuparán los cargos vacantes los/as suplentes que sigan de conformidad con la prelación consignada en la lista respectiva y el criterio establecido en el párrafo anterior. Si no quedaran mujeres o varones en la lista, se considerará la banca como vacante y será de aplicación el artículo 51 de la Constitución Nacional. En todos los casos los/as reemplazantes se desempeñarán hasta que finalice el mandato que le hubiere correspondido al titular.”

⁶¹³ El Código Electoral Nacional quedó redactado de la siguiente forma: “**Artículo 157:** El escrutinio de cada elección se practicará por lista sin tomar en cuenta las tachas o sustituciones que hubiere efectuado el votante...En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un/a senador/a nacional de la lista que hubiere obtenido la mayoría de votos emitidos lo/la sustituirá el/la senador/a suplente de igual sexo. Si no quedaran mujeres en la lista, se considerará la banca como vacante y será de aplicación el artículo 62 de la Constitución Nacional. En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un/a senador/a nacional de la lista que hubiere resultado siguiente en cantidad de votos emitidos, será sustituido/a por el/la suplente por su orden.”

⁶¹⁴ El Código Electoral Nacional quedó redactado de la siguiente forma: “**Artículo 164 octies:** Sustitución. En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un/a parlamentario/a del Mercosur lo/a sustituirá el/la primer/a suplente del mismo sexo de su lista de acuerdo al artículo 164 septies.”

⁶¹⁵ La ley 23.298 fue modificada de la siguiente forma: “**Artículo 3°:** La existencia de los partidos requiere las siguientes condiciones sustanciales: ...b) Organización estable y funcionamiento reglados por la carta orgánica, de conformidad con el método democrático interno, mediante elecciones periódicas de autoridades y organismos partidarios, en la forma que establezca cada partido, **respetando la paridad de género**, sin necesidad

1.9. Ley 27.539⁶¹⁶ de cupo femenino en espectáculos musicales públicos o privados (2019)

Esta ley tiene por objeto regular el cupo femenino y el acceso de las artistas mujeres a los eventos artísticos en vivo que hacen al desarrollo de la industria musical, disponiendo en su segundo artículo que “los eventos de música en vivo así como cualquier actividad organizada de forma pública o privada que implique lucro comercial o no y que para su desarrollo convoquen a un mínimo de tres (3) artistas y/o agrupaciones musicales en una o más jornadas y/o ciclos, y/o programaciones anuales, deben contar en su grilla con la presencia de artistas femeninas conforme”.

A los efectos de dicha ley, se consideran sujetos obligados al cumplimiento del cupo referido a aquellos que cumplan la función de productor/a y/o curador/a y/o organizador/a y/o responsable comercial del evento, entendiendo que si estas condiciones están repartidas entre diferentes personas humanas o jurídicas la obligación impuesta por la presente norma los alcanza de manera solidaria a todos ellos. Sus deberes son acreditar fehacientemente ante la Autoridad de Aplicación dentro de los noventa (90) días previos a la realización del espectáculo o dentro de los cinco (5) días posteriores de la puesta a la venta de las entradas al mismo y/o publicidad del evento el cumplimiento del cupo establecido mediante la presentación de la grilla del espectáculo programado.

del cumplimiento estricto del principio de alternancia...”; **Artículo 21:** La carta orgánica constituye la ley fundamental del partido en cuyo carácter rigen los poderes, los derechos y obligaciones partidarias y a la cual sus autoridades y afiliados deberán ajustar obligatoriamente su actuación, **respetando la paridad de género** en el acceso a cargos partidarios”, **Artículo 50:** Son causas de caducidad de la personalidad política de los partidos: h) La **violación de la paridad de género** en las elecciones de autoridades y de los organismos partidarios, previa intimación a las autoridades partidarias a ajustarse a dicho principio.”

⁶¹⁶ Sancionada el 20 de noviembre de 2019. Publicada en el Boletín Oficial del 20-dic-2019.

1.10. Ley 27.611⁶¹⁷ de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia (2020)

Se trata de una de las últimas de las normas vinculadas con el cumplimiento de las obligaciones constitucionales del Poder Legislativo derivadas directamente del artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional⁶¹⁸.

Esta ley tiene por objeto fortalecer el cuidado integral de la salud y la vida de las mujeres y otras personas gestantes, y de los niños y las niñas en la primera infancia, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar, y de sus hijos e hijas, con el fin de reducir la mortalidad, la mal nutrición y la desnutrición, proteger y estimular los vínculos tempranos, el desarrollo físico y emocional y la salud de manera integral, y prevenir la violencia.

⁶¹⁷ Sancionada el 30 de diciembre de 2020. Publicada en el Boletín Oficial del 15 de enero de 2021. Reglamentada por Decreto Reglamentario 515/2021.

⁶¹⁸ “Art. 2º- Marco normativo. Las disposiciones de la presente ley se enmarcan en el artículo 75, incisos 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional, en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, en particular, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en virtud de la protección que les otorgan al derecho a la identidad, la salud integral, la alimentación saludable, a una vida digna y libre de violencias, a la seguridad social y al cuidado en los primeros años de la niñez.”

1.11. Ley 27.636⁶¹⁹ de Promoción del Acceso al Empleo Formal “Diana Sacayán- Lohana Berkins” (2021).⁶²⁰

Esta ley tiene por objeto establecer “medidas de acción positiva” orientadas a lograr la efectiva inclusión laboral de las personas travestis, transexuales y transgénero, con el fin de promover la igualdad real de oportunidades en todo el territorio de la República Argentina.

Se destaca que en su artículo segundo se identifica el “marco normativo” de la ley indicando: “En cumplimiento de las obligaciones del Estado argentino en materia de igualdad y no discriminación, la presente ley adopta medidas positivas para asegurar a las personas travestis, transexuales y transgénero el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales; las recomendaciones específicas establecidas en los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género; la Opinión Consultiva N° 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas de mismo sexo y la ley 26.743, de identidad de género”.

Su capítulo dos se titula “Medidas de acción positiva” y regula con detalle las medidas de metas y objetivos en las políticas públicas allí reguladas.

⁶¹⁹ Sancionada el 24 junio de 2021. Publicada en el Boletín Oficial el 8 de julio de 2021. Reglamentada por el Poder Ejecutivo Nacional por el Decreto Reglamentario 659/2021.

⁶²⁰ Reglamentada por Decreto N° 659/2021 (Boletín Oficial, 28 de Septiembre de 2021).- DCTO-2021-659- APN-PTE - Apruébase la Reglamentación de la Ley N° 27.636.

2. Decisiones Administrativas

2.1. RES 266/19 del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación de acceso a cargos judiciales para mujeres⁶²¹

Esta norma modificó los artículos 40, 44 y 47 del Reglamento de Concursos con la finalidad de dar cumplimiento efectivo de la participación de la mujer en la integración de ternas para magistrados. Entre sus fundamentos se destaca que; “En el último estudio del año 2018 del *Mapa de Género de la Justicia Argentina*, relevamiento periódico que realiza la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el año 2010, se confirma, un problema ya reconocido en diferentes ámbitos y contextos pero de difícil estudio en función de la falta de datos específicos: pese a que la composición del Poder Judicial es mayoritariamente femenina, esta representación no se ve reflejada en la distribución jerárquica de los cargos que ocupan, existiendo un marcado descenso de la presencia de mujeres en los estamentos superiores. Este fenómeno de segregación vertical es conocido como *techo de cristal*”.

Con base en la Constitución Nacional (art. 37 y 75, inc.23 y cc) afirma el Consejo al fundamentar la reforma del reglamento; “La manda constitucional es clara y consagra expresamente que el derecho a la igualdad real de oportunidades debe garantizarse. Para ello, los poderes del Estado deben utilizar estas medidas de acción positiva... Es por estos motivos que el Consejo de la Magistratura, debe intervenir con acciones positivas para revertir la desigualdad real de acceso de las mujeres a los altos cargos del Poder Judicial”.

El artículo 40 quedó redactado de la siguiente forma; “Una vez que la Comisión se haya expedido sobre las impugnaciones, deberá convocar para la realización de la entrevista personal, como mínimo, a los postulantes que hubieren obtenido los primeros seis (6) puntajes en el

⁶²¹ En similar sentido Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación emitió la Resolución 269/2019, mediante la cual exige como requisito de inscripción a los concursos la constancia de capacitación en materia de perspectiva de género.

orden de mérito. Para el supuesto que entre los primeros seis (6) lugares no hubiera una mujer, se convocará además a la entrevista a la postulante mujer que siga en orden de mérito, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: que la postulante haya obtenido los puntajes reglamentarios mínimos, y que la diferencia de puntaje con quien integre el sexto lugar de la convocatoria a entrevista no exceda los 10 puntos.”

En su artículo 44, al regular la conformación de las ternas, se incorporó el siguiente contenido; “Deberá incorporarse una mujer en la terna siempre que la entrevista realizada haya sido satisfactoria y la diferencia de puntaje con el postulante que se haya ubicado en tercer lugar no supere los 10 puntos”.

Finalmente, al modificar el artículo 47 complementa la incorporación de mujeres a la conformación de ternas con el texto: “Para el supuesto que entre los tres (3) candidatos referidos no hubiera una postulante mujer, se convocará además a la entrevista a la postulante mujer que siga en orden de mérito, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: que la postulante haya obtenido los puntajes reglamentarios mínimos, y que la diferencia de puntaje con quien integre el sexto lugar de la convocatoria a entrevista no exceda los 10 puntos.”

2.2. Resolución General N° 797/2019 de la Comisión Nacional de Valores –CNV–

La Comisión Nacional de Valores emitió la Resolución General 797/2019, que establecieron obligaciones en la confección de la Memoria anual y la inclusión de un reporte del Código de Gobierno Societario disponiendo que se deberá propiciar la conformación de un directorio diverso, teniendo en consideración la diversidad de género, origen geográfico, edad, perfil étnico y experiencia profesional.

Dice la norma: “El directorio deberá activamente propiciar la conformación de un directorio diverso, teniendo en consideración la diversidad de género, origen geográfico, edad, perfil étnico y experiencia profesional ... En cuanto a la diversidad de género, resulta de especial relevancia que la compañía no solo considere la composición del Direc-

torio sino la equidad en la remuneración de sus miembros y también la posibilidad de que mujeres tengan acceso a puestos de liderazgo en el Directorio, tales como la Presidencia del órgano o algunos de sus comités. La transparencia y divulgación en materia de diversidad en el directorio es un elemento importante para los inversores y muestra la profesionalización del órgano...”

2.3. RES 34/2020 de la Inspección General de Justicia –IGJ–⁶²²

A partir de la entrada en vigencia de dicha resolución, las asociaciones civiles en proceso de constitución, las simples asociaciones que soliciten su inscripción en el registro voluntario, las sociedades anónimas que se constituyan, en cuanto estuvieren comprendidas en el artículo 299 de la ley 19.550, las Fundaciones con un Consejo de Administración de Integración temporaria y electiva y las Sociedades del Estado deberán incluir en su órgano de administración –y en su caso en el órgano de fiscalización– una composición que respete la diversidad de género, estableciendo su integración por la misma cantidad de miembros femeninos y masculinos⁶²³.

⁶²² Fecha de sanción 03-08-2020. Publicada en el Boletín Nacional del 05-Ago-202. Dicha norma fue complementada por la Resolución General IGJ N° 35/2020, difirió su entrada en vigencia al 4 de octubre de 2020, en virtud de la emergencia sanitaria y aclaró que la exigencia para las sociedades anónimas, fundaciones y sociedades del Estado incluían no solo las que se constituyeran a partir de la regulación sino todas aquellas que ya estuvieren inscriptas al momento de entrada en vigencia de la normativa.

⁶²³ Ampliar en; Vaiser, Lidia; Camerini, Marcelo A., “¿Igualdad de género o equidad de género? Una mirada femenina y masculina sobre las resoluciones generales (IGJ) 34 y 35”, Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE), noviembre de 2020; Benítez, Facundo I., “La Resolución General de IGJ Nro. 34/2020: ¿Un exceso reglamentario?”, Microjuris, MJ-DOC-15476-AR | MJD15476, publicación del 11 de agosto de 2020; Patricia A. Fernández de Andreani: “La Inspección General de Justicia a la vanguardia en materia de género” - LL - 14/8/2020; Fortunato, Cristina B. y Prono, Javier R., “La resolución 34/2020 de la Inspección General de Justicia y los derechos de la mujer”, La Ley, 14/12/2020; Ciolli, María Laura, “Hacia la igualdad real de las personas en clave constitucional y convencional. Comentario a la res. Gral. 34/2020 y la res. Gral. 35/2020, ambas de Inspección General de Justicia de la Nación.”, La Ley, Cita online: AR/DOC/3803/2020; Mata, Juan Ignacio, “La resolución general 34/2020 de la IGJ y los estándares aplicables a las acciones positivas”, La Ley, 06/10/2020, Cita online: AR/DOC/3218/2020; Vítolo, Daniel Roque, “Paridad de género en la administración de las

Agrega la resolución que cuando la cantidad de miembros a cubrir fuera de número impar, el órgano deberá integrarse de forma mixta, con un mínimo de un tercio de mujeres.

Dicha norma fue recurrida ante la Justicia Nacional en lo Comercial, resolviendo su suspensión judicial en un fallo en el que la Cámara interviniente efectuó un reconocimiento de la versión estructural complementaria del principio de igualdad ante la ley, argumentó en contra de las resoluciones que establecían cupos para la integración de diversos órganos societarios con mujeres por entender que la decisión violaba la ley de sociedades y afectaba derechos subjetivos de los hombres que pudieran resultar excluidos por la medida.⁶²⁴ Dijo la alzada que: “Ese cupo automático no solo importó imponer una obligación a quienes antes no la tenían, sino también descartar a otros postulantes por el solo hecho de no pertenecer al grupo tutelado, postergando –en su caso– a otros colectivos que pudieran encontrarse en similar grado de vulnerabilidad, todo lo cual evidencia que estamos ante materias que no encuadran dentro de la noción de “reglamentación” que el señor Inspector a cargo de la IGJ invocó.”⁶²⁵

personas jurídicas privadas. De lo binario a lo diverso. De las recomendaciones y acciones impositivas a la imperatividad”, La Ley, 12/07/2021.

⁶²⁴ La Sala C de la Cámara Nacional Comercial, en autos “IGJ c/ Línea Expreso Liniers SAIC s/Organismos Externos”, resolución del 09 de agosto de 2021, dispuso dejar sin efecto las resoluciones generales 34/2020 y 35/2020 dictadas por la Inspección General de Justicia (IGJ) que exige la conformación de los órganos de administración y fiscalización con paridad de género. Respecto de la regulación de la igualdad ante la ley dijo: “El criterio tradicional de igualdad debe ser, entonces, un piso mínimo y necesario, pero insuficiente cuando lo que se enfrenten sean desigualdades estructurales que muestren que, por hallarse en situación de postergación, ciertas personas también se encuentran impedidas de acceder a los beneficios de esa igualdad legal, que a su respecto se presenta meramente declamatoria.”

⁶²⁵ Este argumento coincide con lo expuesto por; “Benítez, Facundo I., “La Resolución General de IGJ Nro. 34/2020: ¿Un exceso reglamentario?”, Microjuris, MJ-DOC-15476-AR | MJD15476, publicación del 11 de agosto de 2020”, quien sostuvo: “Más allá de la innegable necesidad de tender hacia la paridad de género, atento a la existencia del denominado «techo de cristal», como aquella forma velada que impide el ascenso u ocupación de las mujeres en cargos directivos y gerenciales afincado en cuestiones culturales y no de idoneidad, insistimos en que estamos en presencia de una resolución dictada en exceso de las atribuciones del organismo, al modificar la ley de fondo, esto

2.4. Decreto Presidencial N°476/21 del 21/07/2021 que reconoce identidades por fuera del binomio masculino y femenino al incorporar la nomenclatura “X” en el Documento Nacional de Identidad (DNI)

Esta decisión del presidente Alberto Fernández se enmarca en el reconocimiento de las identidades por fuera de la clásica distinción binaria entre varón y mujer, y se enmarca en una política pública de avanzada a nivel mundial.

En su segundo artículo este decreto presidencial determina que las nomenclaturas a utilizarse en los Documentos Nacionales de Identidad y en los Pasaportes Ordinarios para argentinos en el campo referido al “sexo” podrán ser “F” –Femenino–, “M” –Masculino– o “X”. Especifica en su artículo 4 que: “A los fines del presente decreto, la nomenclatura “X” en el campo “sexo” comprenderá las siguientes acepciones: no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercebida, no consignada; u otra acepción con la que pudiera identificarse la persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino/femenino”.

VII. Las medidas de acción positiva en la doctrina argentina

En este punto pretendo describir todos los desarrollos efectuados por la doctrina especializada de nuestro país sobre las medidas de acción positiva constitucionalizadas para poder establecer el estado de la cuestión y dar cuenta de los desarrollos académicos más relevantes para el fin de esta obra. Con el objetivo de realizar la exposición en forma ordenada, identificaré primero las obras dedicadas especialmente a la reforma constitucional, luego las constituciones comentadas, así como los manuales y tratados de derecho constitucional, y –por último– algunos artículos de doctrina cuyo volumen y calidad amerite un tratamiento independiente.

es agregando requisitos que la Ley General de Sociedades no requiere siquiera en una forzada interpretación amplia del plexo normativo.”

1. Obras dedicadas a la Reforma Constitucional de 1994

La primera referencia obligada a un trabajo de doctrina tiene que ser –por su utilización reiterada por otros doctrinarios– es la del artículo publicado en *El Derecho* por **Miguel Ekmekdjian** y **Pedro Siegler** en 1981, sobre la discriminación inversa analizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el conocido caso *Bakke*.⁶²⁶

Unos meses antes de la reforma constitucional falleció el profesor de Derecho Constitucional **Carlos Santiago Nino**, cuya visión del derecho y del principio de igualdad marcó una corriente doctrinaria continuada, entre otros, por el profesor Roberto Gargarella, que en su obra *Fundamentos de Derecho Constitucional* (1992) adelantó la discusión del tratamiento jurídico de la igualdad y la discriminación, en la que analizó las acciones afirmativas del derecho norteamericano⁶²⁷.

Siendo la intención de este repaso doctrinario relevar las distintas visiones de la academia sobre las medidas de acción positiva constitucionalizada, daré tratamiento en primer lugar a las obras jurídicas que realizaron los primeros comentarios sobre la reforma del año 1994 y luego aquellas obras generales de derecho constitucional que hicieron lo propio.

Por la relevancia política de sus autores y el especial rol que cumplieron en la convención constitucional, la obra “La Constitución Reformada”, de **Roberto Dromi** y **Eduardo Menem** resulta un punto de inicio obligado para analizar la lectura que ha realizado la doctrina respecto de las medidas de acción positiva.

⁶²⁶ Ekmekdjian, Miguel Ángel y Siegler, Pedro, “Discriminación inversa: Un fallo trascendente de la Corte Suprema de los EE.UU.”, *El Derecho*, Diario, Tomo 93, p. 877, de fecha 01/07/1981.

⁶²⁷ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 426 y sgtes.

Comentando el artículo 75 de la CN sobre atribuciones del Poder Legislativo, los autores titulan su análisis del inciso 23 como *protecciones especiales*⁶²⁸, abordando las *acciones positivas* y su alcance.

Explican que: “La primera protección es legislar y promover medidas de acción positiva que conduzcan a la igualdad de trato y oportunidades de niños, mujeres, ancianos y discapacitados. Se trata, en consecuencia, de legislar, de ejercer la competencia específica del Poder Legislativo o virtualmente, del poder de policía para reglamentar derechos a propósito de determinados ciudadanos. Luego hace referencia a la necesidad de promover, es decir, estimular y generar medidas de beneficio, de protección; medidas que tutelen los derechos de determinados ciudadanos por encontrarse estos en situaciones particulares. Por último, si no alcanza con la legislación, la reglamentación, la regulación se impone la intervención directa de la autoridad para efectivizar la protección. Es decir, las acciones positivas presuponen una intervención directiva (legislativa) y directa (administrativa) de ejecución, materialización y realización de la igualdad declarada”⁶²⁹.

Creo que en respuesta de las críticas realizada en los debates de la Convención Constituyente –cuya referencia detallada se hizo más arriba–, dicen: “De allí, que consideremos errónea la tesis de aquellos que sostienen que acción positiva es sinónimo de discriminación inversa, porque en verdad no se discrimina, se desiguala con un favor, estímulo o acción para igualar. No es una discriminación de marginación sino de

⁶²⁸ Dromi, Roberto y Menem Eduardo, *La Constitución reformada*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994. Dicen: “Un nuevo inciso del artículo 75 se incorpora a la Constitución. Podríamos denominarlo cláusula de protecciones especiales o derechos reconocidos especialmente o particularmente. Es un inciso que, en cierta manera viene a constitucionalizar principios ya consagrados unívocamente en la doctrina y en la jurisprudencia” (p. 260)

⁶²⁹ Dromi y Menem, Ob. Cit. P- 261. Agregan: “Resumiendo, lo que el artículo está procurando es que los poderes constituidos intervengan –sobre estas protecciones que hemos dado en llamar especiales– por vía directiva, dictando leyes o medidas de promoción, o por vía directa con medidas concretas de acción de gobierno. Las acciones positivas que la Constitución refiere como predicado garantizador de la igualdad real en los artículos 37 y 75, inciso 23, tiene por objetivo realizar la igualdad.”

integración, de igualación. El uso literario discriminación inversa tiene ese alcance. Es una protección especial para revertir la discriminación, para restaurar la igualdad.”

Al tratar los alcances de la norma dicen: “La segunda reflexión jurídica es el *para qué* de las protecciones especiales que están orientadas a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos. Observamos que se garantiza la *igualdad real*, porque no hay otra igualdad que no sea la real. La igualdad ideal no es una igualdad. La igualdad es una sola. Lo mismo sucede con la igualdad de oportunidades: si la igualdad no me da oportunidades, también falta la igualdad. Le caben tres especificaciones a la igualdad; que sea real, que sea de oportunidades, que sea de trato.”⁶³⁰

Finalmente dan tratamiento a los derechos protegidos especialmente en el texto constitucional: “Estos son los derechos que tienen una protección especial respecto de los niños, de las mujeres, de los ancianos y de los discapacitados. Con esta cláusula la Constitución queda a la altura institucional de lo ya estipulado en los pactos y tratados internacionales. Sin embargo, la cláusula debió ser más programática en la tutela de discapacitados y ancianos. El hecho es que asumamos todos la responsabilidad social de proteger, de promover, de ayudar y de asistir a los que no cuentan con la capacidad suficiente para bastarse a sí mismos.”⁶³¹

Fernando Barrancos y Vedia y otros profesores de derecho constitucional publicaron la obra *Comentarios a la Reforma Constitucional*

⁶³⁰ Dromi y Menen, Ob. Cit. Agregan: “La plenitud del ejercicio comprende el goce, el disfrute de los derechos, y estos no son otorgados; estamos hablando de derechos reconocidos, que tienen categoría de derechos preexistentes, naturales. Derechos que la Constitución o los tratados no conceden, sino que tienen el hombre por su propia naturaleza. Derechos de la ley de Dios, no derechos de la ley del hombre” (p 262).

⁶³¹ Dromi y Menen, Ob. Cit. Concluyen el punto diciendo: “En el mismo sentido, el segundo párrafo del inciso 23, manda dictar un régimen de seguridad social para la protección del niño desamparado, desde el embarazo hasta el fin de su período de enseñanza elemental; y a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.” (p. 262)

en el año 1995, dedicando el capítulo 7 a las acciones positivas en la reforma constitucional de 1994.⁶³²

Alfredo Vítolo, en una de las primeras obras dedicadas exclusivamente a la reforma constitucional de 1994, dirigida por **Carlos Cassagne** y publicada al siguiente año, abordó en un párrafo lo que denominó el autor como “Acción afirmativa” calificando de “controvertida” la incorporación de las medidas de acción positiva en los artículos 75, inc. 23 y 37 de la Constitución Nacional.⁶³³

Dijo que: “Una materia controvertida resulta la inclusión en el texto constitucional de normas que instauran la posibilidad para el Congreso de adoptar mecanismos de acción afirmativa con el objetivo de restablecer la igualdad real en casos en que, en virtud de discriminaciones pasadas, sectores o grupos han quedado en desventaja.”⁶³⁴

El autor advierte la posibilidad que este tipo de acciones afirmativas se contraponga con el principio de igualdad establecido en el artículo 16 de la CN⁶³⁵ y propone: “aplicar a tales normas a efectos de determinar su validez constitucional los criterios de escrutinio estricto seguidos para casos similares por la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana y que en la Argentina han tenido aplicación en diversos casos jurisprudenciales.”

Gregorio Badeni, a un año de reformada la Constitución, publicó un libro sobre los nuevos derechos y garantías constitucionales, obra

⁶³² Barrancos y Vedia, Capítulo “Las acciones positivas en la reforma constitucional de 1994, en la obra colectiva Barrancos y Vedia y otros, *Comentarios a la Reforma Constitucional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1995, p. 183 y sgtes.

⁶³³ Cassagne, Juan Carlos (director), Estudios sobre la Reforma Constitucional, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 390 y sgtes.

⁶³⁴ Cassagne, Juan Carlos (director), Estudios sobre la Reforma Constitucional, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 390 y sgtes.

⁶³⁵ Vítolo, Alfredo M., agrega: “Si bien nada tenemos que objetar al principio, deberán extremarse los recaudos a fin de evitar que, bajo el pretexto de remediar discriminaciones pasadas no se incurra en privilegios indebidos para un grupo o clase determinado con notoria afectación del principio de igualdad sentado por el art. 16 de nuestra Constitución”, p. 390.

en la que –en el capítulo de los derechos civiles– dio tratamiento a la igualdad, comentando el aporte a dicho principio incorporado en el artículo 75, inciso 23 de la CN, interpretando el autor que “la cláusula constitucional, en su primer párrafo, ratifica el principio de igualdad establecido en el art.16 de la Constitución haciendo explícita referencia a una igualdad real de oportunidades y de trato”.⁶³⁶ El autor desarrolla el concepto clásico de igualdad formal, como no discriminación, pero no incorpora ni desarrolla el concepto de igualdad de oportunidades ni hace mención alguna a las medidas de acción positiva.

Otra obra dedicada a la reforma constitucional de 1994 es la coordinada por los profesores **Raúl Gustavo Ferreyra** y **Miguel Ángel Ekmekdjian**, dedicando uno de sus capítulos –a cargo de la profesora Beatriz L. Alice– al acrecentamiento de derechos y garantías y dando especial tratamiento a los avances en las formulaciones de la igualdad receptados en la última reforma de la carta magna.⁶³⁷

Por último, quiero destacar importantes obras de conmemoración de los diez y veinticinco años de la reforma constitucional.

Transcurridos diez años, **Germán Bidart Campos** y **Andrés Gil Domínguez** coordinaron para Ediar la obra “A una década de la reforma constitucional. 1994-2004.”, destacándose el trabajo de **María Sofía Sagués** sobre “Las acciones positivas en el Derecho Constitucional Argentino a la luz de la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos de América”.⁶³⁸

A los veinticinco años de la reforma constitucional la Asociación Argentina de Derecho Constitucional publicó una obra colectiva, con

⁶³⁶ Badeni, Gregorio, *Nuevos Derechos y Garantías Constitucionales*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

⁶³⁷ Ferreyra, Raúl Gustavo y Ekmekdjian, Miguel Ángel (coordinadores), *La Reforma Constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000.

⁶³⁸ Sagués, María Sofía, “Las acciones positivas en el derecho constitucional argentino a la luz de la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos de América”, en la obra de Bidart Campos, Germán y Gil Domínguez, Andrés (Coordinadores), *A una década de la Reforma Constitucional. 1994-2004*. Ediar, Buenos Aires, 2004.

la coordinación del profesor Pablo Manili⁶³⁹, y la Editorial Thomson Reuters –La Ley– hizo lo propio con la dirección de Ana María Gelli⁶⁴⁰. En la primera de las obras se identifican cuatro trabajos dedicados a las acciones positivas de los siguientes autores; **María Sofía Sagués** (Art. 75, inc. 23 de la CN: Acciones Afirmativas y discriminación estructural), **Marcela Basterra** (Las acciones positivas aplicadas a la cuestión de género, veinticinco años después de la reforma constitucional), **Gonzalo Salerno** (Igualdad y no discriminación. Reflexiones a veinticinco años de la Reforma Constitucional) y **Emilio Ibarlucía** (A los 25 años de la Reforma Constitucional de 1994).

Destaco el trabajo de la primera autora citada –María Sofía Sagués– quien sintetiza el estado de la cuestión en la doctrina nacional; “El derecho a la igualdad ha recibido una relectura, superando su fórmula de igualdad ante la ley, por la de igualdad de oportunidades. Ahora bien, situaciones colectivas de discriminación estructural plantean también necesidades de proyectar las medidas adoptadas por los Estados en miras a su transformación. En este escenario, la discriminación estructural, en cuanto implica la existencia de colectivos de personas subyugadas y excluidas en el goce de sus derechos de manera estructural, constituye una palmaria violación de sus derechos constitucionales y convencionales. Las acciones afirmativas constituyen un mecanismo de apuntalamiento de la tolerancia en una sociedad pluralista que puede contribuir a la vocación de superación de la discriminación estructural. En este sentido, se coincide con la doctrina en aplaudir la decisión de procurar la búsqueda de la diversidad como interés no

⁶³⁹ Manili, Pablo L.: Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

⁶⁴⁰ Gelli, Ana María, A 25 años de la Reforma constitución de 1994, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2019.

solo admitido sino también requerido en miras a la generación de una sociedad tolerante”⁶⁴¹

2. Obras generales (*Constituciones Comentadas, Manuales y Tratados de Derecho Constitucional*)

Veamos ahora el tratamiento que le han dado otros constitucionalistas en obras generales posteriores a dicha reforma.

Ya con la nueva constitución vigente, el profesor platense **Adolfo Gabino Ziulu**, en su obra *Derecho Constitucional* editada a fines de 1997, dedicó unos párrafos a lo dispuesto en los artículos 75, inc. 23 y 37 de la CN, al analizar la regulación constitucional del principio de igualdad destacando la referencia al concepto de igualdad de oportunidades de las nuevas cláusulas.⁶⁴² Por su parte, en el segundo de los tomos de la obra, al analizar las atribuciones del poder legislativo, realizó un análisis de la mayoría de los incisos del artículo 75 de la CN, no haciéndolo respecto del inciso 23 que refiere a las medidas de acción positiva.

Humberto Quiroga Lavié, quien además de reconocido constitucionalista fue Convencional Constituyente en la reforma de 1994, por la Provincia de Buenos Aires y en representación de la UCR, en su obra comentando el texto constitucional realizó un abordaje de los nuevos artículos en cuestión.⁶⁴³

⁶⁴¹ Sagués, María Sofía, “Art. 75, inc. 23 de la CN. Acciones afirmativas y discriminación estructural”, Manili, Pablo L.: *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

⁶⁴² Ziulu, Adolfo Gabino, *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1997, Tomo I, p. 252 y sgtes. Dijo: “Se advierte en estas nuevas cláusulas constitucionales una referencia frecuente a la igualdad de oportunidades. Este concepto fue especialmente difundido por el constitucionalismo social, y complementa con eficiencia el principio de igualdad ante la ley, que por sí sólo es insuficiente, en muchas ocasiones, para remover los obstáculos que impiden la real y efectiva vigencia de la igualdad.” p. 257.

⁶⁴³ Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Zavalla, Buenos Aires, 2007. p. 167 y p.404.

Una primera aclaración es que al realizar el comentario del artículo 16 de la CN, en el que se estableció el principio de igualdad liberal, el autor no incorpora referencia alguna a la igualdad de oportunidades o estructural. Respecto de las medidas de acción positiva incluidas en el artículo 37 de la CN sólo refirió al alcance de dichas acciones afirmativas a la luz de la segunda disposición transitoria, al sostener que: “de este modo el cupo del treinta por ciento a favor de las mujeres, en las listas de candidatos de las elecciones nacionales, deberá ser respetado sin que la ley pueda bajar dicho porcentaje. Lo que se advierte es que el cupo beneficia tanto a mujeres como varones, dejando de lado la desigualdad de trato de la ley vigente. La igualdad de trato y la no discriminación electoral no deben ser aplicadas solamente por razones de sexo.”⁶⁴⁴

En tarea de comentar el inciso 23 del artículo 75 de la CN, aborda las *medidas de acción positiva para el pleno goce de los derechos*, y afirma que: “Esta cláusula viene a constitucionalizar el tratamiento diferenciado para todos aquellos que se encuentren en situación marginal en relación con el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados de derechos humanos vigentes”⁶⁴⁵

Luego analiza la finalidad y característica de la primera cláusula del inciso 23 del artículo 75 de la CN; “La norma es programática, no cabe duda, pero tiene el sentido operativo de toda programaticidad: impedir que la interpretación se haga a partir de un igualitarismo formal, sin atender las desigualdades reales” y la vincula con el control de razonabilidad: “Esta norma podrá ser utilizada por los tribunales de Justicia como regla de aplicación del principio de razonabilidad, de modo tal

⁶⁴⁴ Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Zavallía, Buenos Aires, 2007. p. 167.

⁶⁴⁵ Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Zavallía, Buenos Aires, 2007. p. 404. Agrega: “Se ha llevado al texto de la Constitución la clásica doctrina de la Corte Suprema según la cual la igualdad ante la ley sólo es exigible en igualdad de circunstancias, porque aplicar por igual una ley entre desiguales no hace otra cosa que efectivizar la injusticia conmutativa, en términos de distribución igualitaria para necesidades diferentes.”

que, si la igualdad es una finalidad constitucional, la desigualdad también lo es en término de medios. De este modo, si una ley, o su interpretación, establece repartos desiguales, ello es razonablemente constitucional; y si no los establece, también cabe la posibilidad de declararlo inconstitucional. También se abre una vasta gama de posibilidades interpretativas de cara a las inconstitucionalidades por omisión, toda vez que una ley no establezca medidas de acción positiva, siendo ineludible su disposición para resolver razonablemente un pleito.”⁶⁴⁶

Atiende dos cuestiones centrales, el tipo de fuente de los derechos protegidos y los destinatarios de las medidas de acción positiva. De la primera cuestión afirma: “La regla se aplica tanto en relación con los derechos reconocidos por los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, como con los que no tienen ese carácter: donde la ley no distingue, es impropio hacer distinciones”. De la segunda agrega: “Por último debemos decir que la predicación general de las medidas de acción positiva a favor de toda la población está particularizada en la norma en relación con los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Ello se debe a que el constituyente ha considerado que éstos son los sectores sociales que tradicionalmente se han encontrado en situaciones de discriminación e imposibilidad efectiva de gozar y ejercer sus derechos. No basta con tener un derecho en la letra de la ley, si los hechos no permiten su ejercicio. Ello les ocurre a menudo a esos cuatro sectores: por ello la norma adquiere un carácter de eficiencia jurígena indiscutible.”⁶⁴⁷

Finalmente propone ejemplos de medidas de acción positivas respecto de niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad: “Ob-

⁶⁴⁶ Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Zavallá, Buenos Aires, 2007. p. 405.

⁶⁴⁷ Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Zavallá, Buenos Aires, 2007. p. 405. Agregó: “Pero si el día de mañana el acceso al goce y ejercicio de un derecho estuviere negado, obstaculizado o dificultado a los varones, esta regla constitucional sería perfectamente aplicable en su favor: sostener lo contrario implicaría institucionalizar una interpretación ritual de la letra de la Constitución, muy distante del sentido de Justicia que inspiró al constituyente cuando la sancionó.” (p. 405).

viamente que estas categorías de sujetos no son iguales entre sí, merecerán un trato también diferenciado cuando la ley potencia el ejercicio de diversos tipos de derechos a su favor. Gratuidad de servicios público a favor de los ancianos, como propuesta; alimentación a favor de los niños desnutridos, como acción judicial que hoy debe tener reconocimiento sin objeciones; cupo electoral a favor de las mujeres; asistencia diferencial respecto de los discapacitados.”⁶⁴⁸

En una obra posterior **Humberto Quiroga Lavié**, junto con los profesores **Miguel Ángel Benedetti** y **María de las Nieves Cenicacelaya**, en la obra *Derecho Constitucional Argentino*, dieron tratamiento colateral de las medidas de acción positiva, por un lado al analizar el principio de igualdad y luego al desarrollar el reconocimiento de los derecho sociales.⁶⁴⁹

A diferencia de la obra de Quiroga Lavié a que hice referencia en los párrafos anteriores, en este texto –ya junto a Benedetti y Cenicacelaya– se desarrolla el principio de igualdad, incorporando las inclusiones realizadas en la reforma constitucional de 1994. Veamos: “Si bien el texto histórico de la Constitución sólo hacía referencia explícita a la primera modalidad de la igualdad en forma genérica (arts. 15 y 16) y específica (ej. Art. 20), fue la reforma de 1994 la que expresamente incluyó normas de refuerzo que avanzan hacia la igualdad sustancial (Ej. Art. 75, inc. 23, CN) cuyo reconocimiento es propio del Estado social de Derecho. Por ello, el eje normativo de esta garantía institucional ya no es tan sólo el básico artículo 16 de la CN como se consideró tradicionalmente.”⁶⁵⁰

Así, partiendo de una clasificación de la igualdad de Bobbio, los autores analizan la igualdad jurídica e igualdad ante la ley (igual-

⁶⁴⁸ Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Zavallá, Buenos Aires, 2007. p. 406.

⁶⁴⁹ Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009.

⁶⁵⁰ Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 390.

dad formal) y la igualdad de oportunidades e igualdad fáctica⁶⁵¹ (igualdad sustancial).

Los autores ubican a las medidas de acciones positivas dentro de la igualdad de oportunidades o chances, dando cuenta del encuadre y trascendencia⁶⁵² de la inclusión constitucional y definiéndolas de la siguiente forma: “...son aquellas medidas especiales de carácter temporal adoptadas por el Estado encaminadas a acelerar la igualdad de facto en los distintos ámbitos de la sociedad, las cuales cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato (parafraseando el art. 4.1, C.E.T.F.D.M.). Es decir, que se refieren a los medios dispuestos por el Estado para procurar alcanzar la igualdad de oportunidades mediante el otorgamiento de ventajas en forma imperativa para corregir una desigualdad fáctica precedente. Se des-

⁶⁵¹ Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. Dicen: “Esta es la manifestación máxima de la igualdad sustancial. No se limita a procurar la igualdad en el punto de partida mediante acciones positivas del estado (igualdad de oportunidades) sino la equiparación también en los resultados; no se refiere sólo al acceso sino también a la permanencia. Como anticipamos, la cláusula constitucional incorporada en 1994 en el artículo 75, inciso 23, párrafo 1° CN también cubre a esta modalidad niveladora cuando prescribe que las medidas de acciones positivas que debe adoptar el Congreso deben garantizar también “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos” constitucionalmente y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos” (p. 418)

⁶⁵² Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, dicen: “...conforma la primera modalidad sustancial de igualdad que procura paliar o acortar la gran brecha existente entre la solemne igualdad formal y la realidad de los resultados concretos que muestra que no todas las personas pueden ejercer plenamente sus derecho ante una sociedad cruzada por una profunda desigualdad entre sus miembros. Sin duda, procura vertebrar una sociedad más justa ante tantas y añejas marginaciones de sectores, grupos o categorías de personas explotadas por alguien. Procura la equiparación en el punto de partida de todas las esferas: civil, política, económica, social y cultural. Entonces, si la igualdad ante la ley se aplica por igual al poderoso y al miserable, esta igualdad sustancial debe privilegiar a esto últimos en detrimento de los primeros, implica la necesidad de favorecer jurídicamente a los más desprotegidos de hecho y, correlativamente, de desfavorecer jurídicamente a los más beneficiados de hecho.” (p. 415)

iguala (jurídicamente) para tender a igualar (fácticamente). Esto es lo que se denomina *acciones positivas* o medidas de acción positiva según la terminología receptada por el comienzo del artículo 75, inciso 23, párrafo 1 CN.”

En cuanto a la designación de ésta técnica agregan: “Esta expresión, que alude a la variante de poder de policía amplio para favorecer el ejercicio de ciertos derechos, es más apropiada que otras denominaciones también utilizadas (*discriminación inversa* o *discriminación positiva*), en la medida en que de lo que se trata es de morigerar transitoriamente (hasta que se supere la desigualdad fáctica). Esta técnica fue inaugurada a partir de la consagración de los derechos de segunda generación o derechos sociales.”⁶⁵³

Sobre la cláusula del primer párrafo del inciso 23 del art. 75 de la CN, explican: “...sin duda inspirada en uno de los aspectos más novedosos del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra, en especial la famosa cláusula del artículo 3° de la Constitución de Italia (también receptada por el art. 9° de la Constitución de España). Sin embargo, una rápida comparación denota que la nuestra dice algo menos (omite el importante pasaje “remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud”) y algo más (la referencia explícita a los tratados sobre derechos humanos)”.⁶⁵⁴

Amplían: “El comienzo de la cláusula dispone que el Congreso debe legislar y promover “medidas de acción positiva” con el objetivo de garantizar: a) “la igualdad real de oportunidad y de trato”, y b) “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”. Como se observa, esta técnica intervencionista compensadora también es válida para la igualdad fáctica, a pesar de la omisión ya señalada. Empero, luce como positiva la inclusión genérica a los tratados sobre

⁶⁵³ Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 416.

⁶⁵⁴ Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 417.

derechos humanos, que como no distingue entre ellos incluye tanto a los que tienen jerarquía constitucional como a los que sólo ostentan jerarquía superior a las leyes. De esta forma, se viene a constitucionalizar el tratamiento diferente para todos aquellos que se encuentren en situación marginal, de explotación u opresión.”⁶⁵⁵

Sobre los destinatarios de las medidas de acción positiva previstas expresamente en la Constitución, refieren: “El final de la cláusula hace que la predicación general de las medidas de acción positiva a favor de toda la población se particularice en sectores determinados: “los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. Ello se debe a que el constituyente de 1994 consideró que éstos son los sectores sociales que tradicionalmente se han encontrado en situación de discriminación e imposibilidad efectiva de gozar y ejercer sus derechos sin contar, hasta ese momento, con derechos especiales. No basta con tener un derecho en la letra de la Constitución si los hechos no permiten su ejercicio. Pero la mención de esos cuatro sectores discriminados no implica negar a otros la protección de acciones positivas; sostener lo contrario implicaría institucionalizar una interpretación ritual de la letra constitucional, muy distante del sentido de justicia que inspira a la cláusula. Asimismo, el artículo 75, inciso 17 CN también incluye a los indígenas.”⁶⁵⁶

Por último, a analizar el contenido de los derechos sociales, y en referencia a los nuevos derechos incorporados en el inciso 23 del artículo 75 dan tratamiento a los derechos de los niños, de las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.⁶⁵⁷

⁶⁵⁵ Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 417.

⁶⁵⁶ Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 417 y sgte.

⁶⁵⁷ Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 278 y sgte.

Miguel Ángel Ekmekdjian⁶⁵⁸, en su Constitución de la Nación Argentina comentada y anotada, realiza una primera aproximación al abordar el artículo 16 del texto en análisis. Al explicar los distintos alcances y visiones respecto de dicho principio expone la idea de igualdad de oportunidades, y en ese marco dice que: "...existen sectores importantes de individuos que, por motivos económicos, culturales, de sexo, de edad, etc., no basta la posibilidad teórica de la no discriminación estatal, sino que es necesaria una "acción afirmativa" del Estado, que se traduzca en el otorgamiento de beneficios especiales a aquellos sectores carenciados para mantener la igualdad real."⁶⁵⁹

Si bien aborda las medidas de acción positiva, como herramienta central de la igualdad de oportunidades, no amplía o desarrolla el concepto receptado en el artículo 75, inciso 23, hasta que efectúa su comentario en el Tomo IV de su obra.

En tarea de anotar lo normado en el segundo párrafo del artículo 37 de la CN, el autor vuelve sobre el principio de igualdad real entre el varón y la mujer; "La igualdad real a la que se refiere el segundo párrafo implica la igualdad de oportunidades, es decir que no se agota con la igualdad formal, o sea, la prohibición al Estado de otorgar privilegios o efectuar discriminaciones respecto de ciertos grupos. Igualdad real significa la acción afirmativa, es decir, el otorgamiento de beneficios especiales a los grupos desaventajados (en este caso las mujeres) para remover los obstáculos sociales y económicos que, de hecho, limitan la

⁶⁵⁸ Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 2001. Tomo IV. p.632. Agrega: "La igualdad ya no se limita al simple rechazo de cualquier privilegio o discriminación. Al contrario, se le reclaman al Estado acciones afirmativas consistentes en el otorgamiento de beneficios especiales a determinadas categorías de individuos, para remover los obstáculos de tipo social y económico que, de hecho, limitan la igualdad de posibilidades. Estas no sólo no repugnan al principio de igualdad, sino que contribuyen a robustecerlo, ya que restablecen el equilibrio roto; otorgando reales posibilidades de desarrollar sus aptitudes a grupos que por diversas causas están en inferioridad de condiciones respecto de otros y que, de no recibir esos beneficios, no tendrían posibilidad de desarrollo." (p. 114).

⁶⁵⁹ Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 2001. Tomo II, p. 114.

igualdad de oportunidades, aunque formalmente no exista trato desigual. Por eso este texto constitucional se refiere a las acciones afirmativas, en las normas sobre partidos políticos y régimen electoral”.

Luego refiere al origen de las acciones afirmativa en los Estados Unidos⁶⁶⁰ y avanza en una referencia a la ley de cupo femenino 24.012, realizando la siguiente advertencia: “Además, los casos de acción afirmativa (de los cuales el transcrito párrafo del art. 60 del Código Nacional Electoral es un típico ejemplo) suelen generar –en ciertas condiciones– efectos disfuncionales como discriminación inversa, esto es, un tratamiento desigual y discriminatorio para quienes son desalojados por los grupos o clases beneficiados por la acción afirmativa, lo que también es objetable.”⁶⁶¹

Todo este desarrollo, de alguna forma colateral de las medidas de acción positiva, se completa con los comentarios del autor al artículo 75, inciso 23 de la CN; “Este inciso es nuevo. El primer párrafo incorpora, expresamente, al texto constitucional, las denominadas acciones afirmativas, mediante las cuales se otorgan ciertas preferencias a determinados grupos, tradicionalmente desaventajados, para tratar de subsanar esa menguada situación económica, política o social que históricamente hayan tenido, equiparándolos a los restantes”.

Luego analiza si, según las distintas opiniones doctrinarias (Quiroga Lavié; Dromi y Menem), las medidas de acción afirmativa implican o son sinónimo de las discriminaciones inversas, coincidiendo con la respuesta negativa a tal inquietud. Dice: “Coincidimos con esa afirmación (las acciones positivas no discriminan, sino que igualan), aunque no por el fundamento expresado. La acción afirmativa implica, como se

⁶⁶⁰ Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 2001. Tomo III, p.458. Dice: “El tema de la acción afirmativa ha sido desarrollado extensamente por la jurisprudencia y doctrina de los Estados Unidos. En ese país, la ley de derechos civiles establece una serie de pautas para los programas de desarrollo de los grupos tradicionalmente desaventajados, tanto por parte del Estado, como de las instituciones privadas que reciban subsidios u otro tipo de beneficios estatales.” (p. 458)

⁶⁶¹ Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 2001. Tomo III, p. 460.

explicó en varias oportunidades a lo largo de esta obra, un trato preferencial a ciertos grupos tradicionalmente desaventajados, para equiparar esa desigualdad histórica, llevándolos a una igualdad real de oportunidades, aunque parezca quebrarse la igualdad formal”⁶⁶²

Advierte una vinculación entre las medidas de acción positiva y las categorías sospechosas del derecho norteamericano: “En algunos supuestos, esto es, cuando la acción afirmativa implica algún tipo de clasificación “sospechosa” (por sexo, raza, color de la piel, religión, idioma, etc.) puede convertirse en “discriminación inversa”, tal como lo admitió la Corte Suprema de los Estados Unidos, en una causa en la cual una persona no pudo ingresar en la Escuela de Medicina de la Universidad de Davis (California, E.U.), por ser de raza blanca, ya que había un programa especial para los negros y otros grupos históricamente desaventajados en los cuales él no pudo ingresar”⁶⁶³.

Finalmente, aborda la regulación de los beneficiarios de la acción afirmativa; “El final del primer párrafo se refiere a los niños, mujeres, ancianos y las personas con discapacidad. Si bien es cierto que estas personas pueden considerarse entre los grupos tradicionalmente desaventajados, la “acción afirmativa” ha sido pensada, fundamentalmente en la doctrina y jurisprudencia norteamericana, para grupos étnicos o raciales (negros, hispanos, orientales, etc.) que siempre estuvieron en una condición real de inferioridad mucho mayor que los niños, las mujeres, los ancianos y los discapacitados”, agregando que: “Conforme a la redacción de este primer párrafo, no hay obstáculo constitucional en incluir a otros grupos, además de los cuatro mencionados expresamente en el texto constitucional, ya que, antes de la enumeración, se agrega la frase “en particular”, lo que significa, obviamente, que no es de aplicación, en este caso, el argumento “a contrario sensu”, si los

⁶⁶² Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 2001. Tomo IV, p. 633.

⁶⁶³ Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 2001. Tomo IV, p. 634.

beneficiarios de determinadas medidas de acción directa fueran otros grupos distintos de los allí mencionados expresamente”⁶⁶⁴

Por su parte, **María Angélica Gelli**, en su constitución comentada, al dar tratamiento del artículo 16 de la CN realiza un análisis de la garantía de igualdad en la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ocupando un lugar central el precedente “*Regent of University of California Vs. Bakke*”.

Al evaluar las atribuciones del Poder legislativo en la parte pertinente a la descripción del inciso 23 del artículo 75 de la CN, inicia el análisis con la siguiente advertencia que esta norma: “contiene dos disposiciones, una referida a la igualdad positiva y la otra a la seguridad social. La ubicación constitucional de ambas reglas no es la más adecuada pues las dos se refieren a derechos constitucionales que debieron incluirse en la primera parte de la Constitución Nacional, o al menos entre los nuevos derechos y garantías que se sancionaron. Pero, dado que la ley declarativa de la necesidad de reforma constitucional prohibió modificar los treinta y cinco primeros artículos de la Ley Suprema, los convencionales emplearon el atajo de ampliar las atribuciones del Congreso para extender la amplitud de los derechos constitucionales”⁶⁶⁵

El reconocido constitucionalista **Germán J. Bidart Campos**, en su Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino,⁶⁶⁶ al abordar el principio de igualdad sostiene que “La reforma constitucional de 1994 ha avanzado en las formulaciones de la igualdad, superando la mera igualdad formal con claros sesgos de constitucionalismo social, y completando las normas de la constitución histórica.”⁶⁶⁷ Interpreta además que: “Toda esta red elocuente de principios, valores, derechos y obligaciones constitucionales demuestra el sentido actual del derecho a

⁶⁶⁴ Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 2001. Tomo IV, p. 635.

⁶⁶⁵ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, Buenos Aires, p. 719.

⁶⁶⁶ Bidart Campos, Germán J, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Nueva Edición Ampliada y Actualizada a 1999-2001, Ediar, Buenos Aires, 2001.

⁶⁶⁷ Bidart Campos... ob. Cit, Tomo I-B, p. 73.

la igualdad jurídica real y efectiva, asumiendo que: a) las acciones positivas significan prestaciones de dar y de hacer en favor de la igualdad; b) el verbo promover (en el inc. 23 del art. 75) implica adoptar y ejecutar políticas activas que den impulso al acceso a la igualdad real y efectiva; c) para tales logros, se admite sin duda la llamada discriminación inversa (incisos 17, 19 y 23 del art. 75, y art. 37)”⁶⁶⁸

Dedica un párrafo de su obra el autor a la discriminación inversa: “Algo que aparentemente puede presentarse como lesivo de la igualdad y, muy lejos de ello, es o puede ser un tramo razonable para alcanzarla, es la llamada discriminación inversa (o positiva). En determinadas circunstancias que con suficiencia aprueben el test de razonabilidad, resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, si mediante esa discriminación se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas personas que con la discriminación inversa se benefician. Se denomina precisamente discriminación inversa porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado por el aludido relegamiento.”⁶⁶⁹

Juan Vicente Sola, en su Tratado de Derecho Constitucional, abordó la regulación del inciso 23 del artículo 75 de la CN, al analizar la igualdad y las medidas de acción positiva, citando a modo de ejemplo de este tipo de acciones lo dispuesto en el art. 3 de la Convención In-

⁶⁶⁸ Bidart Campos... ob. Cit, Tomo I- B, p. 74. Agregó luego: “la constitución reformada de 1994, al incorporar numerosas disposiciones sobre la igualdad real de oportunidades, sobre la obligación de promover la, sobre la adopción de medidas de acción positiva, etc., ha venido a anatematizar discriminaciones, y a tutelar en pro de la igualdad tanto el pluralismo como el derecho a la identidad y a las diferencias.” (p. 80)

⁶⁶⁹ Bidart Campos... ob. Cit, Tomo I-B, p. 80. Agregó luego: “Un ejemplo reciente está dado por la ley que fijó el cupo o porcentaje mínimo de mujeres que los partidos deben incluir en las listas de candidatos a cargos que, en el orden federal, de disciernen por elección popular. La reforma de 1994 la constitucionalización en el art. 37 y en la disposición transitoria segunda. Pueden citarse, además, como previsoras de la discriminación inversa para darle posible cabida, las normas que aluden a medidas de acción positiva en el art. 75 inc. 23, y a los pueblos indígenas en el inc. 17.” (p. 80)

teramericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.⁶⁷⁰

A continuación, da tratamiento a la discriminación y los cupos, afirmando que: “El problema de la discriminación contra grupos raciales o por sexo es un tema tradicional de las garantías constitucionales. La Constitución establece la discriminación positiva para asegurar la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres en el ejercicio de los derechos políticos”, en referencia al art. 37 de la CN. Luego dice: “La pregunta es sobre cómo se impone una discriminación positiva como forma de lograr un equilibrio social. Una solución es establecer cupos o cuotas por sector, a esta alternativa se refirió la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Bakke, referida a la aplicación de cuotas por origen racial a la educación universitaria”.

El autor analiza el referido caso de la justicia norteamericana (Bakke), ampliando el estudio de jurisprudencia de dicho país sobre clasificaciones sospechosas y discriminación por sexo y de los extranjeros.

Carlos María Bidegain, abordó en el tomo V de su obra *Curso de Derecho Constitucional*, la igualdad de oportunidades y las acciones positivas de la siguiente forma: “La igualdad de oportunidades requiere, por una parte, que no se impongan restricciones a las personas para ejercer sus aptitudes vitales; pero además implica que el Estado intervenga facilitando tal ejercicio. No basta una igualdad formal, se necesita que se mitiguen las desigualdades reales. Ciertas discriminaciones que han perdurado, tornan muy difícil que la situación se revierta por el solo hecho de que las normas las prohíban. A veces es necesario actuar en forma inversa, llevar a cabo acciones positivas para que la postergación del grupo deje de existir, o al menos, mejore algo su posición.”⁶⁷¹

⁶⁷⁰ Sola, Juan Vicente, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009, Tomo II, pág.257 y sgtes.

⁶⁷¹ Bidegain, Carlos María y otros, *Curso de Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, tomo V, p 165/166. Agregó: “Pero la cuestión más acuciante son las desigualdades derivadas de problemas económicos, que requieren promover el trabajo y el desarrollo de las actividades productivas, temas que nos ocuparán en los dos próximos capítulos”. (p. 166).

Néstor Pedro Sagués, también al abordar el derecho a la igualdad dio tratamiento a la discriminación inversa y las cuotas benignas; “En su afán de extinguir la llamada discriminación perversa (esto es, la discriminación intolerable que crea sectores o clases relegados), la doctrina de la acción afirmativa ha postulado políticas de discriminación inversa, esto es de protección a las minorías discriminadas. Una de esas vías de tutela ha consistido en la instrumentación de cuotas o cupos benignos, en el ámbito de la educación, la vivienda y el empleo. Conforme a tal esquema, por ejemplo, un porcentaje determinado de asientos escolares que debe estar asignado (como mínimo) a personas provenientes del grupo o clase tradicionalmente relegado”⁶⁷²

Agregó que: “Desde tales perspectivas, la discriminación inversa parece hallar eventualmente justificación: para lograr una suerte de reparación histórica centurias de intencionada y perniciosa discriminación contra ciertos grupos, y como herramienta de construcción de una sociedad más justa e integrada. Sólo así puede alcanzar una legitimidad que siempre resultará polémica, ya que inevitablemente acarrea la injusticia de tratar, también desigualitariamente, a algunos de los actuales heredero de los sectores o los grupos otrora explotadores. La reforma constitucional de 1994 ha admitido la existencia de acciones positivas, según se anticipó, en los arts. 37 y 75, inc. 23”⁶⁷³

El profesor platense **Carlos Alberto Mayón**, en el segundo tomo su obra de Derecho Constitucional Argentino, dio tratamiento en el capítulo dedicado a los derechos personales y derechos sectoriales, a las medidas de acción positiva y a la discriminación inversa.⁶⁷⁴

Define las acciones positivas como “a las que practica el Estado en favor de sectores que han sido anteriormente discriminados, con el

⁶⁷² Sagués, Néstor Pedro; Manual de derecho constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 673.

⁶⁷³ Sagués, Ob. Cit. P. 673.

⁶⁷⁴ Mayón, Carlos Alberto, *Derecho Constitucional Argentino. Legislación, Jurisprudencia, Antecedentes, Derecho Comparado y Derecho Público Provincial*, cuatro tomos, Ediciones Haber, La Plata, 2021.

propósito de forzar su equiparación al resto de la sociedad” identificando como antecedentes de tratamiento diferencial de la Constitución de 1853 al dado a los extranjeros en los artículos 20 y 21.

El profesor **Roberto Gargarella** desde una especial mirada igualitaria respecto del derecho constitucional coordinó dos importantes obras generales, su *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*⁶⁷⁵ y –junto con **Sebastián Guidi**– el libro *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*⁶⁷⁶. De la primera de las obras, se destaca el Capítulo XXV del segundo tomo, autoría de Marcela V. Rodríguez, quien abordó el título “Igualdad, Democracia y acciones positivas”. En el tomo dos del segundo texto, se dedica un capítulo a la igualdad con trabajos sobre dicho principio, sobre derechos de los migrantes, de pueblos indígenas y de personas con discapacidad.

3. *Doctrina específica y especializada*

Veamos algunas de las ideas y precisiones que expone y desarrolla **Marcela V. Rodríguez** en la obra de Gargarella y Guidi.

Respecto del tipo de obligación que establece el inciso 23 del artículo 75, el profesor **Eugenio Luis Palazzo** sostuvo: “Estimamos que el Congreso se encuentra *obligado* por el inciso 23 a dictar las normas necesarias en pro de la positivización expresa de la igualdad real de oportunidades”.⁶⁷⁷

Quiero agregar aquí la opinión de un autor, cuyas ideas –en parte– fueron abordadas en el capítulo anterior, me refiero al jurista argentino

⁶⁷⁵ Gargarella, Roberto (Coordinador), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

⁶⁷⁶ Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (Coordinadores), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: Una mirada igualitaria*, La Ley, Buenos Aires, 2016.

⁶⁷⁷ Palazzo, Eugenio Luis, capítulo “Nuevamente sobre las clasificaciones de las atribuciones del Congreso”, en la obra colectiva: Gentile, Jorge Horacio (Compilador), *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*, Mastergraf SRL, Montevideo, año, p. 482.

Lucas Grosman, que –en su obra *Escasez e Igualdad*– dedica un interesante párrafo a las medidas de acción positivas.

Veamos: “Consideremos las acciones afirmativas. Si entendemos las acciones positivas como una institución en favor de la igualdad, es porque estamos pensando en la igualdad como un ideal social, no como una forma de tratar a los individuos. Al fin y al cabo, si a un individuo se lo favorece con una acción positiva para ingresar en una facultad (por ejemplo, por ser negro o hispano, como ocurre en Estados Unidos) no es porque esta persona lo merezca más que otra ni porque ella en particular esté siendo resarcida por injusticias del pasado, sino porque la presencia de minorías desaventajadas en ciertas instituciones contribuye a mejorar el estatus social de estos grupos”⁶⁷⁸.

Por último, también resulta oportuno recordar el desarrollo teórico de las garantías de la igualdad que hace **Luigi Ferrajoli** en su obra *Principia Iuris*. Las garantías de la igualdad contra las discriminaciones –sostiene– pueden ser de dos tipos, según que la igualdad perseguida imponga que la diferencia no tenga relevancia como fuente de discriminación o de privilegios, o que tenga relevancia para no ser discriminada estructuralmente. Agrega que: “forman parte de las garantías del segundo tipo, dirigidas a evidenciar y a dar relevancia a las diferencias, aquellas que proporcionan las llamadas acciones positivas para la ayuda de sujetos generalmente discriminados, por ejemplo a causa de su identidad de género”⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ Grosman, Lucas: *Escasez e igualdad*. Los derechos sociales en la Constitución, Librería, Buenos Aires, 2008.

⁶⁷⁹ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, Ob. Cit., p. 753.

La justicia contencioso administrativa y el sistema interamericano de derechos humanos

Sumario: I. Introducción. II. El proceso contencioso administrativo federal. 01. La Nación Argentina ante el Poder judicial. 02. El derecho procesal administrativo y el régimen exorbitante del derecho privado. 03. El dogma de la indemandabilidad. Evolución histórica. La venia legislativa. 04. La Ley 3.952 y sus reformas. Reclamo administrativo previo. Origen y situación actual. 05. Normas procesales del Decreto Ley 19.549/72. Aplicación del Cód. Proc. Civil y Comercial. 5.1. Normas procesales del Decreto Ley 19.549/72. 5.2. La habilitación de la instancia contencioso administrativa. 5.3. Aplicación del Cód. Proc. Civil y Comercial. 06. Caso o causa judicial. 07. Legitimación. 08. Competencia y órgano judicial. 09. Las partes en el proceso judicial. 10. Actos procesales y contingencias generales. 11. Recursos judiciales. 12. La sentencia de condena. Interpretación jurisprudencial. 13. Suspensión de su ejecución. 14. Normativa nacional sobre consolidación de deudas estatales. Jurisprudencia. 14.1. Normativa de emergencia económica que afecta a decisiones judiciales. 14.2. Ley de Consolidación del Pasivo Público Nacional N° 23.982. 14.3. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 14.4. Juris-

prudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 15. El Estado nacional en juicio. Procesos civiles, laborales y contenciosos administrativos. 16. Fuero Federal, Justicia Nacional y Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 16.1. Fuero Federal. 16.2. Justicia Nacional. 16.3. Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 17. El arbitraje y la Administración Pública nacional. El Estado Nacional ante órganos jurisdiccionales internacionales. 17.1 El arbitraje y la Administración Pública nacional. 17.2. El Estado Nacional ante órganos jurisdiccionales internacionales: a) El nuevo sistema de fuentes creado por la Constitución reformada en 1994; b) El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva como garantías constitucionales de los derechos fundamentales; c) Organismos internacionales con funciones jurisdiccionales. **III. El proceso contencioso administrativo frente al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. 01. Presentación. 02. Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 02.1. Carácter complementario de la jurisdicción interamericana de derechos humanos. 02.2. La reparación en la Convención Interamericana de Derechos Humanos. 02.3. Alcances de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en los ordenamientos jurídicos nacionales. El control de convencionalidad. 02.4. Diferenciación de partes y materia en las jurisdicciones internacional e interna. 03. Ordenamiento Jurídico Colombiano. 03.1. Incorporación de las fuentes internacionales de Derechos Humanos al ordenamiento jurídico interno. 03.2. La responsabilidad estatal en el sistema jurídico colombiano. 03.3. La Jurisdicción Contencioso Administrativa de Colombia. 03.4. Opinión de los peritos en la causa Masacre de Ituango (abogados Rodrigo Uprimny Yepes y Hernando Torres Corredor). 04. La jurisprudencia de la Corte IDH. 04.1. Primera etapa jurisprudencial: Irrelevancia de los procesos contencioso administrativos internos. 04.2. Segunda etapa jurisprudencial: la Justicia Contencioso Administrativa no constituye *per se* un recurso efectivo y adecuado de reparación integral. 04.2.1. Criterios de evaluación de la efectividad de la jurisdicción contencioso admi-**

nistrativa. 04.2.2. Aspecto sustancial de la controversia en casos de responsabilidad internacional estatal por violación de los arts. 8.1 y 25 de la CADH. 04.2.3. La indemnización pecuniaria no sufre otro tipo de reparaciones. 04.2.4. Reparación interna estructuralmente parcial o incompleta. 04.2.5. El deber Estatal de reparar de oficio y la jurisdicción contencioso administrativa. 04.2.6. Manifestación de responsabilidad estatal por la violación de derechos consagrados en la Convención. 04.2.7. Morosidad y congestiones procesales. 04.2.8. Complementación reparatoria de sentencia de la Corte IDH. 04.2.9. El proceso Contencioso Administrativo no constituye *per se* un recurso efectivo y adecuado de reparación. 04.2.10. Declaración sobre la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. 04.2.11. Conciliación en la jurisdicción contencioso administrativa. 04.3. Tercera etapa jurisprudencial: Valoración, revisión y complementación de lo resuelto en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. 04.3.1. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia (26/05/10). 04.3.2. Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia (30/11/12). 04. 3. 3. Caso Rodríguez Vera y Otro (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia (14/11/14). 05. Conclusiones: Criterios para un proceso reparatorio interno efectivo.

I. Introducción

En el presente capítulo, habiendo ya expuesto los fundamentos políticos, ideológicos y sociológicos de esta tesis, desarrollando el principio de igualdad sobre el que se sostienen las medidas de acción positiva en nuestra constitución, corresponde describir el funcionamiento procesal de la justicia contencioso administrativa federal, marco en el que propondremos la institucionalización de las tutelas procesales diferenciadas.

Además, es procedente intentar armonizar las prácticas de esta justicia contencioso administrativa frente a los principios y estándares del

sistema interamericano de derechos humanos, en lo referido al acceso a la justicia y a las características exigidas para tutelar los derechos fundamentales en sede judicial.

II. El proceso contencioso administrativo federal⁶⁸⁰

1. La Nación Argentina ante el Poder judicial

En el presente punto inicial desarrollaré panorámicamente algunas cuestiones centrales de la revisión judicial de la actividad administrativa del Estado Nacional, con algunas referencias comparativas a los diferentes sistemas judiciales locales, abordando en primer lugar el derecho procesal administrativo y el régimen exorbitante del derecho privado para luego describir los aspectos salientes de una nueva justicia administrativa en su rol de revisor de políticas públicas, básicamente en materia social y asistencial. Finalmente propondré algunas primeras pautas para la creación de un proceso contencioso administrativo con tutelas procesales diferenciadas.

2. El derecho procesal administrativo y el régimen exorbitante del derecho privado

Antes de ingresar al análisis del régimen federal de demandas contra la Nación, y a fin de contextualizar el tipo de proceso judicial en que se enmarca, debemos desarrollar brevemente el estado actual del derecho procesal administrativo en la Argentina y, en especial, detenernos en los sistemas vigentes de justicia administrativa en las jurisdicciones provinciales.

⁶⁸⁰ Este punto fue desarrollado en la obra; Botassi, Carlos A y Cabral, Pablo Octavio: Derecho Administrativo, Librería Editora Platense, La Plata, 2017.

El derecho procesal administrativo es el conjunto de normas y principios que reglamentan los juicios en que el Estado es parte o en los que una de las partes ejerce una función administrativa por delegación estatal, siendo uno de los clásicos ámbitos en el que las prerrogativas estatales se hacen presentes⁶⁸¹. Un ejemplo de ello lo constituyen los requisitos especiales de habilitación de la instancia judicial en materia administrativa que obligan a los ciudadanos en determinados casos a reclamar en forma previa ante la propia Administración Pública, agotando la instancia administrativa, presentando la demanda en un plazo breve de caducidad o cumpliendo con el pago previo exigido por el principio *solve et repete*. En el ámbito cautelar, la prerrogativa procesal tradicional se manifiesta en la incorporación del requisito de no afectación del interés público para la procedencia de tales medidas contra el Estado. Finalmente, respecto de las sentencias contra el Estado, en muchos casos tienen efecto declarativo, son de difícil ejecución y no existen procesos especiales de cumplimiento en casos complejos de afectación de derechos colectivos o bienes de la comunidad. A esto deben adicionarse dos principios respecto de la actuación administrativa que dificultan su escrutinio judicial, la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, prevista legalmente en la esfera nacional y en muchas regulaciones provinciales. Este arsenal de medidas, principios y limitaciones de la revisión judicial de la actividad estatal se encuentra presente –en mayor o menor medida– desde su nacimiento en todas las legislaciones procesales administrativas en los ámbitos federal, de las provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En el ámbito federal no existe un código procesal administrativo, quedando el trámite judicial reglado, en cuanto a los requisitos de habilitación de instancia, en la Ley Nacional de Procedimientos Admi-

⁶⁸¹ González Pérez, Jesús, “Derecho procesal administrativo hispanoamericano”, Ed. Temis, Bogotá, 1985.

nistrativos 19.549⁶⁸² y, respecto del proceso en sí, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Los procesos contencioso administrativos en los que tramitan los juicios contra los Estados provinciales y sus municipios pueden ser clasificados según el modelo de justicia administrativa que construyen. Un primer grupo histórico, encabezado por el Código Contencioso Administrativo Varela de la provincia de Buenos Aires de 1905 (hoy derogado) y seguido por las provincias de Salta, Mendoza, Catamarca, Córdoba, Corrientes, Chaco, Entre Ríos, La Rioja, La Pampa, San Juan, Neuquén, Formosa, Santiago del Estero y Jujuy integran el modelo de la antigua justicia contencioso administrativa revisora de los actos formales de la Administración. El antiguo régimen de justicia administrativa –aún vigente en las provincias mencionadas– se caracteriza por estar regulado constitucionalmente, ser de competencia del Máximo Tribunal provincial que resuelve en única instancia y juicio pleno, encontrar limitada la legitimación a los derechos subjetivos de carácter administrativo, excluir la revisión tanto de la actividad pública discrecional como de las cuestiones políticas, controlar únicamente la actuación administrativa formal impidiendo la judicialización de omisiones estatales, establecer un criterio de acceso estrecho a la jurisdicción (habilitación de instancia, agotamiento de la vía administrativa previa, plazos de caducidad y pago previo), impedir que se ventilen en el proceso cuestiones que no hayan sido previamente planteadas en sede administrativa, disponer únicamente como medida cautelar la suspensión del acto administrativo y otorgar una mejor posición procesal respecto de los diversos trámites del juicio a la Administración Pública.

Otro grupo de legislaciones que puede identificarse es el de las regulaciones procesales administrativas de las provincias de Misiones,

⁶⁸² Cassagne, Juan Carlos, “Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009; Comadira, Julio R., “Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003.

Santa Cruz, Santa Fe, San Luis, Tucumán y Tierra del Fuego, ya que, si bien fueron establecidos mediante leyes sancionadas en la década del 90, en algunos casos aun posteriores a la reforma constitucional de la Nación –1994–, mantienen la mayoría de las características esenciales y distintivas de la antigua justicia administrativa. En forma separada se pueden ubicar las provincias de Chubut y Río Negro, que –al igual que la Nación– no cuentan con un código procesal administrativo que regule en forma especial dicho proceso judicial.

Por último, es de destacar el nacimiento de una nueva justicia administrativa, cuyos ejemplos los encontramos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la provincia de Buenos Aires, donde se dispuso la creación de un fuero descentralizado, con jueces especializados en la materia, con dos instancias (primera instancia de juzgados individuales y la segunda instancia integrada con cámaras de apelaciones), se abandona el modelo de justicia revisora de la actuación formal de la administración, que establece un amplio abanico de pretensiones procesales, entre las que se destaca la posibilidad de accionar ante una omisión estatal en materia social –pretensión prescricional–, se incorpora una gran variedad de herramientas cautelares y, aunque no se eliminan, se flexibilizan algunos requisitos de la habilitación de instancia.

Desde la doctrina más conservadora –acorde con la tradicional justicia contencioso administrativa aún presente en la mayoría de las jurisdicciones locales– se sostiene que la socialización de la justicia es un fenómeno que erróneamente le atribuye funciones al Poder Judicial que altera el principio de división de poderes, p. ej., al permitirle controlar y hacer efectivas políticas públicas, transformando nuestro sistema liberal en un sistema paternalista. Así, p. ej., Roberto Luqui, al efectuar una dura crítica a las transformaciones que trae aparejada la socialización de la justicia, afirma: “Esta tendencia socializante se manifiesta por varias acciones concurrentes. La primera es el reconocimiento de nuevos derechos e intereses, que vendría a configurar el núcleo de la cuestión. Las restantes, que podríamos considerar instrumentales, consisten en

ampliar la legitimación activa, aumentar las facultades de los jueces, simplificar los procesos y extender el efecto de las sentencias”⁶⁸³.

Todas estas prerrogativas –que conforman el llamado régimen exorbitante del derecho privado⁶⁸⁴– se hallan presentes desde su propio origen en los sistemas judiciales de revisión de la actividad administrativa, dificultan la efectivización de derechos humanos fundamentales y niegan la garantía del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva⁶⁸⁵.

3. El dogma de la indemandabilidad. Evolución histórica. La venia legislativa

Desde el plano institucional, la división de poderes es, por antonomasia, la técnica más eficaz de control que se encuentra disponible en los países occidentales, idea originada –cabe aludir– en los pensadores prerrevolucionarios que a fines del siglo XVIII buscaron racionalizar el gobierno y limitar las facultades absolutas del monarca. Fue el derecho constitucional, en su devenir histórico, quien tuvo la misión de instrumentar los medios para hacer efectivo ese control del poder, utilizando a tal fin diversas técnicas jurídicas.

⁶⁸³ uqui, Roberto E., “Socialización de la justicia”, cit., p. 3.

⁶⁸⁴ Cassagne, Juan Carlos, “Derecho administrativo”, Ed. LexisNexis - AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2002: “El sistema del derecho administrativo posee, como nota peculiar, una compleja gama de poderes o potestades jurídicas que componen lo que se ha llamado régimen exorbitante, que se determina y modula en los distintos países de un modo diferente”, p. 124.

⁶⁸⁵ Saggese, Federico, “El derecho a un nivel de vida adecuado”, Ed. Platense, La Plata, 2009: “Así, resulta necesario comenzar remarcando la cuestión de la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico –y en el derecho comparado en general– de mecanismos procesales idóneos para la tutela de los DESC. En efecto: las acciones judiciales tipificadas por nuestro derecho han sido pensadas y diseñadas para la protección de los derechos clásicos (civiles y políticos); lo cual además repercute negativamente en la procura de la protección para los derechos sociales, así como en problemas vinculados con la incidencia colectiva en la legitimación activa; la restricción probatoria en los procesos tradicionales; las medidas a disponerse en casos de omisiones estatales; y la dificultad de ejecución de las condenas contra el Estado”, p. 167.

Luego de las revoluciones burguesas de Francia (1789) y Estados Unidos (1776) y la conformación los nuevos Estados nacionales nacidos a partir del dictado de su constitución, como cabeza del ordenamiento jurídico, y del reconocimiento de derechos de los ciudadanos y el establecimiento de funciones estatales, requirió la construcción de un sistema institucional de control de la Administración Pública.

Así, se erigieron dos modelos alternativos a tal fin, el primero, de raigambre continental y cuyo principal ejemplo es el Estado Francés, se edifica a partir del control de la actividad administrativa por los propios órganos de la Administración Pública. El sistema opuesto, de origen anglosajón, puso en cabeza del Poder Judicial el control del accionar del Poder Ejecutivo.

La Constitución Nacional sancionada en 1853, que diera nacimiento institucional a nuestra República, entre los diversos sistemas de control de la actividad administrativa vigentes en las naciones desarrolladas de la época, optó por la elección del sistema judicialista (Norteamérica) en desmedro del modelo de control en la propia sede administrativa (Francia).

El artículo 100 de la Constitución Nacional de 1853 (hoy 116), al regular las atribuciones del Poder Judicial dice que “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 11 del artículo 67: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”.

Ha sido largo el camino recorrido desde aquel principio monárquico de la indemandabilidad del Estado, cuyo fundamento radicaba en la imposibilidad que el Rey cayera en error, a la actual posibilidad de

accionar judicialmente contra el Estado, tanto en ámbitos nacionales como internacionales. En esta cuestión se juega, por un lado, la posibilidad de responsabilizar al Estado por su actuación y omisión generadora de daños, y por otro hacer posible el ejercicio de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico les garantiza a los ciudadanos como garantía y protección frente a las conductas de las autoridades públicas.

En los orígenes del nacimiento institucional de nuestra nación, se discutió si la Constitución, al prever en su artículo 100 la intervención del Poder Judicial *en los asuntos en que la Nación sea parte*, se estaba refiriendo sólo a su condición de accionante o también a la posibilidad que intervenga en un proceso judicial en condición de demandada ¿Cabía la posibilidad de demandar a la Nación ante los estrados judiciales?

La sanción de la Ley 48 tampoco pudo poner punto final a la discusión sobre esta cuestión, ya que al no alcanzar un acuerdo los legisladores optaron por reiterar la disposición constitucional y dejar que fuera la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien saldara el tema según su interpretación jurisprudencial.

Y así la Corte resolvió esta cuestión, primero, al dictar sentencia en la causa “Seste y Seguich”⁶⁸⁶, criterio ratificado luego en el caso “Gómez”⁶⁸⁷. Don Vicente Seste y Don Antonio Seguich se engancharon en el ejército por el tiempo que durase la guerra y habiendo sido dados de baja en agosto de 1863, se presentaron al Gobierno cobrando el pago de sus servicios desde la Batalla de Pavón hasta la época de la baja.

Allí sostuvo la Corte para rechazar la acción; “Que el Poder Ejecutivo Nacional es soberano en su esfera, y administra con independencia de los otros dos poderes que participan del Gobierno de la República, pues por el artículo 86 de la Constitución, se declara, que es el Jefe Supremo de la Nación, y quien tiene a su cargo la administración del país... Que es uno de los atributos de la Soberanía, reconocido

⁶⁸⁶ CSJN, Fallos, t.1, p. 317 y sgtes.

⁶⁸⁷ CSJN, Fallos, t.2, p. 36 y sgtes.

universalmente, que, el que la inviste, no pueda ser arrastrado ante Tribunales de otro fuero, sin su expreso consentimiento, por particulares, a responder de sus actos, y ser apremiado al cumplimiento de las obligaciones que de ellos puedan resultarle, cuyo cumplimiento está sujeto á reglas especiales, y tiene por garantía su buena fe... Que la facultad de juzgar supone la de emplear los medios de hacer obedecer las resoluciones que se dicten; y los Tribunales Nacionales ningunos tienen eficaces para someter al Jefe de la Nación á la obediencia de sus mandatos... Que aun prescindiendo de esta consideración, la facultad de los Tribunales para hacer comparecer ante sí al Poder Ejecutivo, siempre que fuese demandado, á dar cuenta de sus actos, imponerle restricciones, y condenarlo a pagos y reparaciones civiles, daría al Poder Judicial una superioridad inconciliable con la supremacía que el artículo constitucional citado acuerda al Jefe de la Nación, y el derecho de arreglar el pago de deudas públicas exclusivamente cometido al Congreso por el artículo 77 en su inciso sexto... Que la jurisprudencia de los Estados-Unidos de Norte-América, que debe servirnos de guía para interpretar nuestra Constitución, reconoce como principio, que el Gobierno Nacional no puede ser demandado ante los Tribunales, y que la cláusula del artículo tercero, sección segunda de la Constitución de aquella República, que corresponde a la del artículo cien de la nuestra, que describiendo los casos a que se extiende la Justicia Federal, dice ser uno de ellos, los asuntos en que la Nación sea parte, solamente se refiere a los pleitos en que es parte demandante”.

Esta solución dispuesta por el máximo tribunal de la nación, aún dejaba en dudas si las acciones debían ser tramitadas y resueltas ante el Congreso de la Nación, o si simplemente éste habilitaba a que sea resuelto el caso por el Poder Judicial o por el propio Poder Ejecutivo. La cuestión fue zanjada por la ley 675 en la que el Poder Legislativo autorizó a un particular a demandar al Estado nacional ante la justicia, dando nacimiento a la venia legislativa previa.

4. La Ley 3.952 y sus reformas. Reclamo administrativo previo. Origen y situación actual

En septiembre de 1900, la legislatura de la Nación sanciona la Ley 3.952 de Demandas contra la Nación, instituyendo la reclamación administrativa previa como modo de solucionar los inconvenientes que acarrearaba la exigencia de obtener como requisito previo a la acción judicial, la venia legislativa. Este instituto dispone que los tribunales federales no podrán dar curso a demandas contra la Nación sin que previamente se acredite haber efectuado un reclamo de tal derecho ante el propio Poder Ejecutivo, y que el éste lo haya denegado.

En dicha ley se establece que los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que deduzcan contra la Nación sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste.⁶⁸⁸

El artículo segundo de la ley dispone que, si la resolución de la Administración demorase por más de seis meses después de iniciado el reclamo ante ella, el interesado requerirá el pronto despacho, y si transcurriesen otros tres meses sin producirse dicha resolución, la acción podrá ser llevada directamente ante los Tribunales, acreditándose el transcurso de dichos plazos.

En su artículo tercero la ley dice que la demanda se comunicaría por oficio al Poder Ejecutivo por conducto del ministerio respectivo y al Procurador Fiscal, el cual procedería previa consulta y con suje-

⁶⁸⁸ Artículo 1° de la ley 3952, sustituido por art. 1° de la Ley N° 11.634 B.O. 17/10/1932, “Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que deduzcan contra la Nación sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste.”

ción a las instrucciones que le transmita dicho ministerio. Por art. 76 de la Ley N° 24.946 B.O. 23/3/1946 se deroga el presente artículo, en tanto regula la notificación al Procurador Fiscal de toda demanda contra la Nación y su sujeción a las instrucciones del correspondiente Ministro del Poder Ejecutivo.

El término para contestar, según se dispone en su artículo cuarto, será de treinta días, y el mayor que corresponda según las distancias con arreglo a las leyes vigentes si la demanda se dedujera fuera del territorio de la Capital de la República. Dentro de igual término se deducirán las excepciones dilatorias que corresponda. Si se interpusiesen éstas, el término para contestar la demanda, una vez resueltas, será de quince días.

Según el artículo quinto, la Suprema Corte conocerá de los recursos que se deduzcan contra las resoluciones definitivas de los jueces en los casos a que se refiere la presente Ley, según el procedimiento señalado para la tramitación de las apelaciones concedidas libremente. El sexto de los artículos dispone que los jueces letrados de los Territorios Nacionales elevarán en consulta, ante la Suprema Corte, aun cuando no se interponga apelación, todas las sentencias definitivas, que pronuncien en los casos comprendidos en la presente referida ley.

En el cuestionado artículo séptimo se establece que las decisiones que se pronuncien en estos juicios cuando sean condenatorios contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda. Esta cuestión será desarrollada en el punto 3 del presente capítulo, al abordar lo referido a los alcances de la sentencia condenatoria.

Como veremos más adelante, cuando se aceptó sin restricciones la demandabilidad del Estado, la reclamación administrativa previa quedó sin las razones que sustentaron su creación hasta el nacimiento del fuero contencioso administrativo federal y la sanción de la ley 19.549. Como explica Guillermo Muñoz; “La creación del Fuero en lo Contencioso Administrativo determinó que comenzara a cumplir una nueva función totalmente distinta a las anteriores; se convirtió en el procedimiento, o en uno de los procedimientos, para llegar al acto que causa

estado, a la decisión previa que opera como presupuesto procesal de la acción administrativa. Paralelamente, se siguió usando cada vez en menor medida, en las causas civiles contra el Estado”⁶⁸⁹

5. Normas procesales del Decreto Ley 19.549/72. Aplicación del Cód. Proc. Civil y Comercial

5.1. Normas procesales del Decreto Ley 19.549/72

El derecho procesal administrativo se diferencia de los procesos judiciales en los que participan ciudadanos particulares (civil, comercial, laboral, etc.) por la presencia del Estado como una de las partes del litigio y en él representado el interés público y la voluntad de la comunidad. Esta circunstancia genera un desequilibrio lógico entre el interés general del Estado y los derechos individuales de los particulares, reflejados en las prerrogativas públicas que también se materializan en el proceso contencioso administrativo a través de privilegios como la habilitación de la instancia, con el agotamiento de la vía administrativa, los breves plazos de caducidad para interponer la demanda, el pago previo si se trata de impugnación de tributos, el especial régimen cautelar, etc.

A diferencia de lo que ocurrió en la mayoría de los Estados provinciales, a nivel federal no se pudo sancionar un código procesal administrativo, por lo que la tramitación de los procesos contencioso administrativos se encuentra regulada y tramitan por las disposiciones del Decreto Ley 19.549 y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El Decreto Ley 19.549, dictado en el año 1972, regula básicamente todo lo relativo al procedimiento administrativo, pero incorpora además en su articulado disposiciones relativas a la impugnación judicial de la actuación y omisión de la Administración Pública Nacional. Estas cuestiones, propias de un código procesal administrativo aún no sancionado, deben complementarse con las normas aplicables de la ley procesal civil y comercial de la Nación, a la hora de llevar adelante un

⁶⁸⁹ Muñoz, Guillermo, Fragmentos de Derecho Administrativo..., ob. Cit.

juicio contencioso administrativo. En efecto, los requisitos de habilitación y procedencia de la acción se encuentran regulados en el Decreto Ley 19.549, y las posteriores tramitaciones del proceso judicial por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con algunas adaptaciones precisadas en su texto. Las medidas cautelares en la que es parte o interviene el Estado Nacional han sido reguladas en una ley especial (Ley N° 26.854) y la etapa de ejecución de sentencia se encuentra alcanzada por diferentes normas especiales que serán abordadas en el siguiente punto.

5.2. La habilitación de la instancia contencioso administrativa

El capítulo IV del Decreto Ley 19.549 legisla todo lo atinente a la impugnación judicial de los actos administrativos, dividiendo tal actividad procesal en dos vías de acceso a la justicia (impugnatoria y reclamatoria) e institucionalizando la habilitación de la instancia en el fuero federal contencioso administrativo. Además de este tipo de pretensiones existen en nuestro ordenamiento federal otras vías o procesos como las acciones declarativas, la acción de amparo, el amparo por mora, acciones de defensa de consumidores, habeas corpus, habeas data, etc.

La habilitación de la instancia contencioso administrativa es el primero de los requisitos de ingreso de una demanda judicial para su posterior tratamiento por el tribunal competente, resultando un juicio de admisibilidad en el que se verifica la existencia la condición del tipo de derecho que se pretende esgrimir, la legitimación del actor, la materia, el contenido de la pretensión, el plazo dentro del que se inicia la acción, el pago previo en materia tributaria y las exigencias formales de presentación de inicio del juicio. La exigencia del cumplimiento de tales extremos es una manifestación en materia procesal de las prerrogativas estatales que encuentran justificación en la satisfacción del interés público como finalidad primordial de la existencia del propio Estado.

Explica Rejman Farah el nacimiento jurisprudencial, con fundamento en la normativa aplicable, del requisito de la habilitación de instancia, afirmando que: “Se creó así, conforme a la práctica introducida

por los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo federal, con posterioridad a la interposición de la demanda y antes de proseguir con el proceso, una etapa previa en la que se verifica el cumplimiento de las condiciones y requisitos previstos en el decreto –ley 19.549/72 (que exista un acto definitivo o asimilable, que se hubiere agotado la vía administrativa y que la demanda haya sido interpuesta en tiempo oportuno, dentro del brevísimo plazo previsto en el art. 25 de la LNPA). Sólo luego de ese examen, se impulsa el proceso”⁶⁹⁰

Como el requisito de habilitación de instancia es el mayor obstáculo para el ingreso a la jurisdicción administrativa, quisiera desarrollar brevemente algunos de los argumentos de parte de la doctrina que sostienen su inconstitucionalidad. En tanto examen inicial del cumplimiento de las condiciones de admisibilidad de la acción (agotamiento de la vía administrativa, plazo de caducidad y pago previo), como vimos aún presente hasta en los sistemas procesales más avanzados, plantea una limitación esencial a la garantía de acceso a la justicia y obstaculiza la efectivización de derechos humanos fundamentales. Así, para Miguel López Olvera: “La habilitación de la vía judicial y el agotamiento de la vía administrativa funcionan en la actualidad con base en esquemas antiguos, que condicionan previamente el acceso a la justicia, lo cual es sin duda alguna una irrazonable restricción a la garantía constitucional, supranacional e internacional de acceso inmediato y expedito a una instancia judicial pronta y cumplida”⁶⁹¹. A similar conclusión arribó Andrés Gil Domínguez al afirmar que “en el marco de un Estado constitucional de derecho, no existe ningún argumento que sustente la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, la existencia de

⁶⁹⁰ Rejtman Farah, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000, p.188.

⁶⁹¹ López Olvera, Miguel A: *La instancia administrativa. Problemas actuales de la justicia administrativa. Principios y fuentes del proceso administrativo. Órgano y procedimientos judiciales*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2008.

un plazo de caducidad fatal de la acción contenciosa y de la consecuente habilitación de instancia de oficio”⁶⁹².

Retomemos el análisis de las dos vías que en las que la ley estructura la revisión judicial de la administración pública nacional.

La vía impugnatoria, también conocida como recursiva, es aquella que se utiliza para atacar una expresión formal de la administración pública nacional, se encuentra legislada en los artículos 23⁶⁹³ y 24⁶⁹⁴ del decreto ley que tratan de la impugnación de los actos administrativos de alcance particular y de alcance general, respectivamente. Esta impugnación de actos administrativos también está prevista para ser ejercida por el Estado, pretendiendo a través de la acción de lesividad la anulación de su propio actuar formal (art. 17, 18 y 27 del Decreto Ley 19.549).

En el artículo 23 de la Ley se establece los requisitos de impugnación judicial de actos administrativos de alcance particular cuando; a) se trata de un acto definitivo y que hubiere agotado las instancias administrativas, b) cuando no fuese definitivo impidiera la tramitación del reclamo interpuesto, c) el silencio administrativo y d) la vía de hecho administrativa.

⁶⁹² Gil Domínguez, Andrés, “Tutela judicial efectiva y agotamiento de la vía administrativa. Derecho constitucional administrativo”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 88.

⁶⁹³ Artículo 23.- Podrá ser impugnado por vía judicial un acto de alcance particular: a) cuando revista calidad de definitivo y se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas.

b) cuando pese a no decidir sobre el fondo de la cuestión, impida totalmente la tramitación del reclamo interpuesto.

c) cuando se diere el caso de silencio o de ambigüedad a que se alude en el artículo 10.

d) cuando la Administración violare lo dispuesto en el artículo 9.

⁶⁹⁴ Artículo 24.- El acto de alcance general será impugnabile por vía judicial:

a) cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10. b) cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas.

Por su parte, el artículo 24, dispone que el acto de alcance general será impugnabile por vía judicial; a) cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10 y b) cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas.

El artículo 25 establece la obligatoriedad del cumplimiento del requisito de interponer la acción judicial dentro de un breve plazo procesal de caducidad, pudiendo ser de noventa (90) días, si se trata de la impugnación de la actividad administrativa mediante una acción, o de treinta (30) días, en los casos en que el ataque judicial de tal accionar público sea por la vía de un recurso.

Agrega la norma la forma en que se deberán computar los días hábiles judiciales de tales plazos, tratándose de un acto de alcance particular, desde su notificación al interesado; tratándose de actos de contenido general contra los que se hubiere formulado reclamos resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifique al interesado el rechazo; tratándose de actos de alcance general impugnables a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifique al interesado el acto expreso que agota la instancia administrativa, y tratándose de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado.

Desde la doctrina y la jurisprudencia se analizó la constitucionalidad de dicho plazo, cuya brevedad lo distingue notablemente de los plazos de prescripción, obstaculizando en algunos casos el derecho de acceso a la justicia y la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva.

La Corte Suprema de Justicia resolvió esta cuestión en el precedente “Gypobras S.A. c/ Estado Nacional”, en el que sostuvo que la limitación temporal al ejercicio de la acción procesal administrativa prevista en la norma comentada constituye una reglamentación razonable del dere-

cho de defensa en juicio, pues no lo suprime, desnaturaliza o allana⁶⁹⁵. Al respecto dijo que: “ese especial tratamiento que el ordenamiento confiere a la Administración Pública, consecuencia, a su vez, del denominado régimen exorbitante del derecho privado (Fallos: 308:731) que impera en la relación ius administrativa da sustento jurídico a la institución de los plazos de caducidad, cuya brevedad –acorde, claro está, con la razonabilidad– de dar seguridad y estabilidad a los actos administrativos, buscando siempre que esos dos extremos precedentemente señalados –prerrogativa estatal y garantía del particular– encuentren su armónico equilibrio constitucional”. Tal criterio se extiende aún a los casos en que los actos administrativos impugnados ostenten vicios graves que acarreen su nulidad absoluta.⁶⁹⁶

Por su parte la vía reclamatoria, llamada también reparatoria, es aquella que no tiene como sustento la previa emisión de un acto administrativo por parte de la Administración Pública, pretendiendo de ella el efectivo cumplimiento de una obligación, ya sea mediante la prestación de un servicio o de un beneficio social, el pago de una deuda, atienda un reclamo indemnizatorio, etc., y se encuentra regulada en los artículos 30 a 32 de la norma procedimental.

Así, en el artículo 30 regula el reclamo administrativo previo a la demanda judicial, al disponer que: “El Estado nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, salvo cuando se trate de los supuestos de los artículos 23 y 24”, agrega a continuación que “El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por las autoridades citadas.”

Continúa el artículo 31 diciendo que “El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y

⁶⁹⁵ CSJN, Fallos: 318:441.

⁶⁹⁶ CNFed. Contencioso administrativo, Sala III, 1/09/1981, “Giménez Vega”.

si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente. La denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa.”

En una modificación realizada por el artículo 12 de la ley 25.344, dispone que: “Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente.”

En el artículo 32 se legisló que “El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediere una norma expresa que así lo establezca y cuando: a) Se tratare de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente; b) Se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual.”

La ley también regula la figura del amparo por mora de la Administración al disponer en su artículo 28 que “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa

interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes.”

5.3. Aplicación del Cód. Proc. Civil y Comercial

En el ámbito federal, tanto en el fuero especializado con sede en la Ciudad de Buenos Aires, como en los juzgados federales del interior, las tramitaciones de los procesos contencioso administrativos se rigen por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, aplicándose supletoriamente la ley 19.549. Existen procedimientos con regulaciones específicas como la ley de procedimiento impositivo (ley 11.683) y en todos los casos también se aplican previsiones contenidas en numerosas leyes que integran el llamado derecho administrativo.

6. Caso o causa judicial

Constituye jurisprudencia pacífica de la Corte Federal que es un requisito necesario para producir la intervención del poder judicial la existencia de un caso o causa judicial. Así ha dicho la CSJN que “La existencia de caso, causa o asunto presupone –como surge del propio artículo 116 de la Ley Fundamental y ha sido recordado precedentemente– la de parte, esto es, la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. En ese orden de ideas, al decidir sobre legitimación resulta necesario determinar si hay un nexo lógico entre el status afirmado por el litigante y el reclamos que se procura satisfacer, el cual resulta esencial para garantizar que aquél sea una parte propia y apropiada que puede invocar el poder judicial federal o que los agravios alegados la afecten

de forma suficientemente directa, o sustancial, esto es que posean suficiente concreción e inmediatez para poder procurar dicho proceso”⁶⁹⁷

Es doctrina pacífica de la Corte Suprema que la comprobación de la existencia de un “caso” es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos: 310:2342, considerando 7º; 311:2580, considerando 3º; y 326:3007, considerandos 7º y 8º, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el “caso” tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones.

7. Legitimación

El derecho administrativo construyó un criterio tripartito respecto a la legitimación dividiendo en las categorías; derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, en un descendente grado de afectación directa e individual, permitiendo en el primer caso el acceso a la revisión judicial, en el segundo a la revisión en sede administrativa y negando todo tipo de respuesta institucional al tercer caso. Esta categorización fue modificada por la reforma constitucional de 1994.

En materia de legitimación procesal la Corte Federal delimitó con precisión en el caso “Halabi, Ernesto v. PEN Ley 25.873 Dto. 1563/04”⁶⁹⁸ tres categorías de derechos: a) individuales, b) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y c) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Así respecto de la primera categoría –legitimación sobre los bienes jurídicos individuales– reitera que los criterios jurisprudenciales que establecen que los indicados para accionar son sus titulares, dejando en claro que tal situación “no cambia por la circunstancia de que existan

⁶⁹⁷ CSJN, Fallos, 331:2287.

⁶⁹⁸ CSJN, Fallos 332:111.

numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable”. A tal categoría hace referencia el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, resaltando que el amparo es la acción “está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados”.

La segunda clase es la de los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos de la esfera social previstos en el artículo 43 de la Constitución, especificando que los legitimados son: a) el defensor del pueblo, b) las asociaciones que concentran el interés colectivo y c) el afectado.

Sus requisitos son: 1) que la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, y 2) que la pretensión debe ser focalizada en la incidencia del derecho.

Aquí la Corte establece un límite a la utilización de los bienes colectivos protegidos por esta legitimación reforzada al exigir que el objeto protegido por tal tutela sea un bien colectivo, lo que sucede cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Así sostiene el Tribunal que; “Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el

proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno” (considerando 11).

Por último, la Corte establece la distinción entre la tutela de los derechos de incidencia sobre bienes colectivos y la protección de los bienes individuales (patrimoniales o no) para los cuales existe una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.

Finalmente, el máximo tribunal ingresa al análisis de la tercera categoría en cuestión –derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos– adelantando que se hallan regulados en el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional y que se trataría de los casos de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. Aclara que en estos casos no existe un bien colectivo, pues se afectan derechos individuales enteramente divisibles existiendo un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos, identificado como causa fáctica homogénea. Explica la Corte que “Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.”

Pone en cuestión el fallo la falta en nuestro ordenamiento jurídico nacional una norma que reglamente el ejercicio efectivo de las acciones de clase. Explica que “Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asocia-

ciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos”. Ante esta ausencia legislativa, la Corte ingresa al análisis de los requisitos que permitirían tramitar un proceso de este tipo.

En el considerando 13 del fallo, la Corte dispuso que la procedencia de la acción de clase exige: a) La verificación de una causa fáctica común, es decir la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales, b) la existencia de una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho, exigiéndose que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo pueda peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de primera categoría y c) la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, en otras palabras, se exige que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia.

La Corte aclara que también proceden las acciones cuando, aun cuando se trate de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particularidades características de los sectores afectados. Así explica que: “Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.”

Estos criterios desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación expuestos en el precedente “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.

dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986” (Fallos 332:111) fue reiterado en los casos “Thomas” (Fallos: 333:1023); “Padec c/Swiss Medical”; “Unión de Usuarios y Consumidores c/EN”; “DPN c/TBA”, “Consumidores Financieros. Asociación Civil para su defensa c/Banco Itaú”; “Consumidores Financieros. Asociación Civil para su defensa c/La Meridional Seguros”, entre otros.

8. Competencia y órgano judicial

El ordenamiento jurídico distribuye entre los órganos judiciales la facultad o atribución jurídica para entender en un determinado caso, ya sea por la materia de que se trata, el lugar geográfico o el tiempo. Esta atribución de los jueces es su competencia. Por su parte la jurisdicción es un concepto más genérico y abarcativo ya que describe la facultad de administrar justicia.

Las cuestiones de competencia son resueltas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 1 a 13, siendo plenamente aplicables al proceso contencioso administrativo federal, con las modulaciones propias de la especificidad de la materia administrativa.

Lo atinente al órgano judicial está desarrollado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, regulando la recusación y excusación (arts. 14 a 33), deberes y facultades del juez (arts. 34 a 37) y secretarios y oficiales primeros (arts. 38 y 39).

La competencia material y su ejercicio por parte de la Justicia Federal será analizada con más detalle en los puntos 4 y 5 del presente capítulo.

9. Las partes en el proceso judicial

Es criterio de la Corte Federal la existencia tanto de un caso o causa justiciable como la presencia de al menos dos partes que la constituyan y habiliten la intervención en el conflicto del Poder Judicial. Así tiene dicho que: “La existencia de causa presupone la de parte, esto es la de quien reclama o se defiende y por ende, la de quien se beneficia o per-

judica con la resolución adoptada al cabo del proceso. La parte debe demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios expresados la afectan de manera suficientemente directa o sustancial, que posean suficiente concreción e inmediatez para poder procurar dicho proceso a la luz de las pautas establecidas en los arts. 41 a 43 de la Constitución Nacional”⁶⁹⁹

El Estado Nacional puede integrar la litis contencioso administrativa en condición de parte actora o demandada, pues reviste el carácter de persona jurídica estatal de derecho público, en tanto se trata de un ente al que el ordenamiento jurídico le confirió aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación constitucional.

La personería jurídica del Estado nacional surge implícitamente de los arts. 1, 9, 10, 14 a 18, 20, 21, 23, 31, 44, 87, 99, 108 y 128 CN, normativa que supone su capacidad para las relaciones jurídicas, tanto en el derecho interno como en el internacional. La personalidad jurídica de las provincias se infiere del mismo ordenamiento (arts. 60, 31, 121 a 127 CN). La Constitución nacional no deja lugar a dudas que el Estado Nacional y las provincias son personas jurídicas con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Este reconocimiento es ratificado de manera expresa por el artículo 146 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que dispone que son personas jurídicas públicas: “a) El Estado nacional, las Provincial, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la república a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter”.

El reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado produce importantes consecuencias jurídicas, entre otras: a. resuelve el problema de la continuidad jurídica del Estado, no obstante los sucesivos cambios de formas de gobierno o regímenes políticos; b. explica las relaciones patrimoniales entre la Administración Pública y los ciuda-

⁶⁹⁹ CSJN, Fallos, 331:1364.

danos (por ejemplo, creación de tributos y potestades para su cobro compulsivo); c. hace posible las distintas formas jurídicas del obrar administrativo: acto administrativo, decretos y contratos administrativos, entre otros; d. legitima las acciones de responsabilidad contra el Estado, quien responde con sus propios bienes; e. da lugar a las relaciones entre “distintos Estados entre sí” (por ejemplo, relaciones entre municipios, provincias, nación u otras personas jurídicas públicas); y f. posibilita que el Estado pueda estar en juicio, sea como actor o demandado.

Las entidades autárquicas son núcleos desprendidos de la organización administrativa del Estado a las que éste encomienda funciones públicas específicas para lo cual las dota de un patrimonio propio y de las atribuciones necesarias para su administración. Como toda persona jurídica, las entidades autárquicas tienen los atributos de la personalidad, es decir, nombre, domicilio, capacidad y patrimonio (BCRA, Universidades Nacionales, AFSCA).

Sostiene Carlos Balbín que el Estado como persona jurídica se diferencia de las entidades privadas por la presencia de ciertos caracteres propios; “a saber, es único, originario y en cierto sentido y según el ordenamiento jurídico vigente, superior en el marco del doble Derecho”. Respecto de tal superioridad, en sentido comparativo con el resto de las personas, se explica en razón de las prerrogativas exorbitantes que le reconoce el ordenamiento jurídico.⁷⁰⁰

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula aquellas cuestiones vinculadas a las partes en juicio en su Título III del Libro Primero de la Parte General. Allí se aboca a la previsión de todo lo relativo a las reglas generales, domicilio, la muerte o incapacidad, sustitución de parte (arts. 40 a 45), representación procesal (arts. 46 a 55), patrocinio letrado (arts. 56 a 58), rebeldía (arts. 59 a 67), costas (arts. 68 a 77), beneficio de litigar sin gastos (arts. 78 a 86), acumulación de acciones y litisconsorcio (arts. 87 a 89), intervención de terceros (arts.

⁷⁰⁰ Balbín, Carlos F; “Tratado de Derecho Administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo II, p. 8 y sgtes.

90 a 96), tercerías (arts. 97 a 104), citación de evicción (arts. 105 a 110) y la acción subrogatoria (arts. 111 a 114).

10. Actos procesales y contingencias generales

Los actos procesales y contingencias generales del proceso contencioso administrativo federal se encuentran legislados, por aplicación supletoria, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Allí se legisla las actuaciones generales (arts. 115 a 117), escritos (arts. 118 a 124), audiencias (art. 125), expedientes (arts. 127 a 130), oficios y exhortos (arts. 131 y 132), notificaciones (arts. 133 a 149), vistas y traslados (arts. 150 y 151), el tiempo de los actos procesales (arts. 152 a 159), resoluciones judiciales (arts. 160 a 168), nulidad de los actos procesales (arts. 169 a 174), incidentes (arts. 175 a 187) y acumulación de procesos (arts. 188 a 194).

11. Recursos judiciales

Los recursos dentro del proceso contencioso administrativo también están regulados en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, siendo por ello aplicable lo allí legislado sobre la reposición (arts. 238 a 241), el recurso de apelación y nulidad (arts. 242 a 253), apelación ordinaria ante la Corte Suprema (arts. 254 a 255), apelación extraordinaria ante la Corte Suprema (arts. 256 a 258), procedimiento ordinario en segunda instancia (arts. 259 a 279), procedimiento ordinario ante la Corte Suprema (arts. 280 a 281), queja por recurso denegado (arts. 282 a 287) y recurso de casación, de inconstitucionalidad y de revisión (arts. 288 a 301).

12. La sentencia de condena. Interpretación jurisprudencial

Los efectos de la sentencia condenatoria del Estado en el proceso contencioso administrativo encontraron una primera dificultad al enfren-

tarse con la teoría de la indemandabilidad de la administración pública y luego con el legislado carácter declarativo de las sentencias de condena contra la Nación. El artículo séptimo de la ley 3952 establece que las decisiones que se pronuncien en estos juicios cuando sean condenatorios contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda.

El fundamento de la limitación en el proceso de ejecución de condenas contra el Estado era la competencia del Poder Legislativo para establecer el orden de pagos en la ley de presupuesto anual. Esta dificultad fue superada por el criterio jurisprudencial de la Corte Federal, primero en materia de expropiaciones⁷⁰¹ y luego en un modo más generalizado⁷⁰², recurriendo a un procedimiento especial para el cobro que podía confluir en la ejecución posterior.

En el precedente “Pietranera”, sentenciado el 7 de septiembre de 1966, la Corte Federal sostuvo que “la regla del art. 7º, ley 3952, ha de entenderse en su significado cabal. Su propósito no es otro que evitar que la Administración Pública pueda verse colocada, por efecto de un mandato judicial perentorio, en situación de no poder satisfacer el requerimiento por no tener fondos previstos en el presupuesto para tal fin o en la de perturbar la marcha normal de la Administración Pública. Desde este punto de vista, la norma aludida es razonable. Pero en modo alguno significa una suerte de autorización al Estado para no cumplir las sentencias judiciales. Ello importaría tanto como colocarlo fuera del orden jurídico, cuando es precisamente quien debe velar con más ahínco por su respeto”. En dicho fallo confirmó la decisión judicial que había requerido al Gobierno Nacional que manifieste en qué fecha desalojaría el inmueble en cuestión, por entender que “se ha dispuesto por sentencia firme el desalojo de un inmueble ocupado por el Estado; la prolongación sine die de esta ocupación sin derecho vendría a ser

⁷⁰¹ CSJN, Fallos 186: 151, “Nación Argentina vs. Domingo Bianchi”.

⁷⁰² CSJN, Fallos 265:291, “Pietranera” y 269:448, “Chiodetti”.

una suerte de expropiación sin indemnización o, cuanto menos, una traba esencial al ejercicio del derecho de propiedad”.

Luego de una larga discusión doctrinaria sobre la vigencia o derogación del artículo 7 de la ley de demandas contra la nación, como explica Pablo Perrino⁷⁰³, su texto fue actualizado por el digesto Jurídico Argentino (Ley 26.939) y renombrado como art. 6 de la ley 3952⁷⁰⁴. Al respecto sostiene que “Aceptada la vigencia del art. 6° de la ley 3952, cabe entender que la ejecución de sentencias que imponen al Estado obligaciones de hacer, previsto en dicha norma y a los criterios interpretativos elaborados entorno a aquella a partir del fallo dictado en la causa Pietrantera. Con arreglo al o establecido en el citado pronunciamiento, si la Administración no indica el plazo en el que cumplirá la sentencia o establece uno irrazonable, el juez lo deberá fijar. Y transcurrido aquél sin que se haya ejecutado, a petición de parte y conforme lo dispuesto en los arts. 512 a516 del CPCCN –de aplicación analógica al proceso contencioso administrativo– el tribunal deberá ordenar la ejecución directa del mandato judicial, pudiendo, en algunos casos, disponer la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración demandada remisa. Y cuando el cumplimiento in natura de la condena no sea objetivamente posible corresponderá fijar una indemnización sustitutiva que compense los daños y perjuicios ocasionados por la inejecución del fallo judicial”.

13. Suspensión de su ejecución

La Argentina ha vivido durante su historia institucional diversos momentos en los que las crisis económicas justificaron la sanción de leyes de emergencia que, entre otras cosas, implicaron la suspensión de la

⁷⁰³ Perrino, Pablo Esteban; “Ejecución de sentencia contra el Estado Nacional”, en la obra *Legislación Usual Comentada, Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2015, tomo II, p 514.

⁷⁰⁴ Art. 6, ley 3952 (según Anexo I de la ley 26.939, ADM099): “Las decisiones que se pronuncien en estos juicios cuando sean condenatorias contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda.”

ejecución de sentencias condenatorias de contenido económico dictadas contra el Estado Nacional. Estas políticas de restricción de derechos, en evidente conflicto con el ordenamiento jurídico, generaron críticas respecto de su constitucionalidad, alcanzando en algunos casos el dictado de sentencias que anularon las leyes de emergencia.

14. Normativa nacional sobre consolidación de deudas estatales. Jurisprudencia

14.1. Normativa de emergencia económica que afecta a decisiones judiciales

Las graves crisis económicas que sufrió nuestro país luego de recuperar la democracia dieron origen a una serie de normas que suspendieron el cumplimiento de las sentencias condenatorias a pagar sumas de dinero contra el Estado Nacional: decreto 679/1988, ley 23.696 y decreto 34/91. El art. 50 de la Ley de Reformas del Estado (23696), suspendió la ejecución de sentencias que condenen al pago de una suma de dinero dictadas contra el Estado Nacional y demás entes mencionados en el art. 1.

14.2. Ley de Consolidación del Pasivo Público Nacional N° 23.982

La ley de consolidación del pasivo público nacional fue dictada en el mes de agosto de 1991 por el congreso en ejercicio de los poderes de emergencia y por expresa disposición del artículo 16 reviste el carácter de norma de orden público.

Esta norma de emergencia, luego de establecer que las sentencias judiciales que reconozcan la existencia de obligaciones alcanzadas por la consolidación dispuesta tienen carácter meramente declarativo (art. 3°) establece un sistema de ejecución para los créditos no consolidados, autorizando su cancelación luego de ser sometida la cuestión al Congreso, quien lo incluirá en el presupuesto anual del Estado Nacional.

El artículo 22 de la ley establece que “A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, el Poder Ejecutivo nacional deberá comunicar al Congreso de la Nación todos los reconocimientos administrativos

o judiciales firmes de obligaciones de causa o título posterior al 1 de abril de 1991 que carezcan de créditos presupuestarios para su cancelación en la Ley de presupuesto del año siguiente al del reconocimiento. El acreedor estará legitimado para solicitar la ejecución judicial de su crédito a partir de la clausura del período de sesiones ordinario del Congreso de la Nación en el que debería haberse tratado la Ley de presupuesto que contuviese el crédito presupuestario respectivo.”

El ejecutante debe remitir oficio a la Secretaría de Hacienda para la inclusión del crédito en el presupuesto del año siguiente, si llega antes del 31 de agosto, y en caso de no resultar aprobada la partida para el pago de su crédito, podrá ejecutar luego del 1 de diciembre del año inmediato posterior.

La ley de presupuesto del año 1996 (24.624) amplió la ley 23982 al declarar la inembargabilidad de los fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del sector público.

La ley 25.344 extendió la fecha de corte de la consolidación de deudas hasta el 31 de enero de 2000 y la ley 25.725 volvió a extenderla hasta el 31 de diciembre de 2001.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la impertinencia de someter a este sistema la ejecución de sentencias que condenen al pago de la indemnización expropiatoria⁷⁰⁵, aunque fueran montos menores⁷⁰⁶ y a los honorarios de dichos juicios⁷⁰⁷.

14.3. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En la causa “Giovagnoli, César Augusto c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/ cobro de seguro” el juez de primera instancia admitió la pretensión y, en consecuencia, condenó a la Caja Nacional de Ahorro y Seguro –en liquidación a pagar la suma de \$ 109.209,04, con más los

⁷⁰⁵ CSJN, Fallos 318:445 y 318:1353.

⁷⁰⁶ CSJN, Fallos 318:1876.

⁷⁰⁷ CSJN, Fallos 319:345 y 320:2349.

intereses correspondientes y las costas del juicio. Antes de que el fallo referido fuese confirmado por la Cámara el letrado apoderado del actor trabó embargo por \$ 131.150,84– en concepto de capital, intereses y honorarios adeudados sobre las sumas de dinero que el Estado Nacional tenía afectados a la entidad aseguradora estatal. Posteriormente, durante la etapa de ejecución de la sentencia, la demandada invocó la aplicación del art. 19 de la ley 24.624 que prescribe, en síntesis, la inembargabilidad de los fondos afectados a la ejecución del presupuesto del sector público, y le pidió al juez de la causa que se abstuviera de dictar medidas de embargo contra los bienes pertenecientes a este Organismo y/o en el supuesto que dicha medida cautelar ya se hubiera dictado, se procederá al inmediato levantamiento de la misma.

Así la CSJN sostuvo que “Ahora bien, es evidente que la aplicación mecánica y generalizada del art. 19 de la ley 24.624 sin consideración alguna a lo que prevén el art. 22 de la ley 23.982 y el art. 20 de la ley 24.624, conduciría a la frustración de los derechos de los particulares que se encuentren en condiciones de ejecutar las sentencias con arreglo a estas dos últimas normas lo que, por cierto, no condice con la intención del legislador (Fallos, 297:142; 299:93; 301:460); por lo demás, semejante criterio hermenéutico debe ser desechado con fundamento en la doctrina de Fallos, 258:75; 301:460 y 307:518, consid. 10 y sus citas, entre muchos otros, porque implica que el órgano competente para fijar el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional (art. 75, inc. 8, Constitución Nacional) ha legislado contradictoriamente sobre un mismo tema autorizando por una parte, a ciertos acreedores a cobrarse sobre el producto de la venta de los bienes embargados (conf. art. 22, in fine, ley 23.982 y art. 20, primera parte, ley 24.624) y disponiendo, por la otra, el levantamiento de los embargos que tornan posibles tales ejecuciones. En atención a ello y a que la finalidad perseguida mediante la sanción del art. 19 de la ley 24.624 fue –como ya se expresó– evitar la afectación de los fondos destinados a la ejecución del presupuesto general de gastos y recursos, cabe concluir en que dicha disposición no obsta a la ejecución de las sentencias que

se encuentren en las condiciones descriptas en el art. 22, in fine, de la ley 23.982 o que encuadren en la hipótesis del art. 20, primera parte de la ley 24.624, pues en el primer caso el acreedor está legitimado para ejecutar su crédito en virtud de una habilitación expresa de la ley, en tanto que en el segundo supuesto cuenta con una partida presupuestaria afectada al cumplimiento de la sentencia. Conviene agregar que si el Poder Ejecutivo Nacional no cumple con el deber que le impone el art. 22 de la ley 23.982 el actor está facultado, de todos modos, a ejecutar la condena dineraria en los términos previstos en esta norma, pues no es admisible que el Estado pueda demorar el acatamiento de un fallo judicial mediante el incumplimiento de un deber legal.”⁷⁰⁸

Resulta entonces doctrina de la Corte Federal que la mera invocación del art. 19 de la ley 24.624 no determina la aplicación automática de la doctrina sentada por esta Corte en el caso “La Austral” si de las constancias de la causa no surge la acreditación de los siguientes extremos: a) que el Poder Ejecutivo Nacional haya cumplido con la comunicación al Congreso de la Nación que le impone el art. 22 de la ley 23.982 y b) que el acreedor no esté legitimado para ejecutar su acreencia por no encuadrar en la hipótesis prevista en el art. 22 de la ley 23.982 ni en la del art. 20 de la ley 24.624. Cabe destacar que la falta de partida presupuestaria pertinente para atender el pago del crédito reconocido en sede judicial constituye un extremo de hecho cuya existencia no se presume, por lo que debe ser probado por quien invoque la aplicación del art. 19 de la ley 24.624.

La Corte efectuó el control de constitucionalidad de la ley 23.982 en el caso “Fernández, Encarnación c/ Secretaría de Seg. Social”, entendiendo que tal norma de emergencia no priva a los particulares de los beneficios patrimoniales declarados por sentencia firme; sólo restringe, temporalmente, la percepción íntegra de los montos debidos. Hay una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una

⁷⁰⁸ CSJN, Fallos 322:2132, “Giovagnoli, César Augusto c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/ cobro de seguro”

situación de crisis, pero esa limitación también está dirigida a proteger los derechos presuntamente afectados, ya que corrían el riesgo de convertirse en ilusorios por el proceso de desarticulación sufrido por el sistema provisional.

Para justificar tal decisorio recordó que: “Desde sus orígenes el Tribunal ha sostenido que los derechos declarados por la CN no son absolutos y están sujetos, en tanto no se los altere sustancialmente, a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28). Dichas restricciones pueden ser mayores en épocas de emergencia en aras de encauzar la crisis y de encontrar soluciones posibles a los hechos que la determinaron, pues la obligación de afrontar las consecuencias justifica ampliar, dentro del marco constitucional, las facultades atribuidas al legislador, al punto de que la dilación en el pago de los créditos y retroactivos pueda diferirse con la razonabilidad que surge de los temas en examen”.

El máximo Tribunal federal emitió diversos precedentes confirmando el criterio convalidatorio de la constitucionalidad de esta ley de emergencia.⁷⁰⁹

En el caso “Ragnar Hagelin c/ Nación Argentina”, en el que se discutió la reparación por la violación de derechos humanos durante la última dictadura, la Corte analizó la ley 23.982 a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos, concluyendo que la norma de emergencia no afectaba el tratado internacional. Así afirmó que “La aplicación del sistema de consolidación de deudas para la indemnización por daño moral –a cargo del Estado Nacional– por la privación ilegal de la libertad y posterior desaparición de la hija del actor no priva al demandante del resarcimiento patrimonial declarado en la sentencia, sino que sólo suspende temporalmente la percepción íntegra de los

⁷⁰⁹ CSJN “Radiodifusora Buenos Aires c/ Pcia e Formosa” 5/7/94 (Fallos 317:740; “Escobar, Hector otros c/ Fabricio, Daniel - Municipalidad de Tigre y Ejército Argentino” 24/8/95. Fallos: 318:1593; C 572 XXVII “Cacace, Josefa c/ Municipalidad de Bs As s/ accidente” 10/10/95; “Laporte, María c/ Caja de Industria y Comercio”, L 196 XXIV 4/5/95; “Empresa Argentina de Servicios Públicos SA de Transportes Automotores c/ Pcia de Buenos Aires” 10/12/97. Fallos: 320:2757; “Gutierrez, Alberto c/ Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios” 13/8/98 Fallos 321:1291

montos debidos... Si bien debe darse primacía al tratado internacional frente a la ley interna, no puede considerarse que la aplicación de las normas de la ley 23982 implique un apartamiento de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica.”

En definitiva, el fallo sostiene que el pago de la indemnización concedida por daño moral puede ser diferido en el tiempo –por aplicación del sistema de la ley 23982– sin que esa modificación en el modo de cumplimiento de la sentencia importe su desconocimiento sustancial, máxime si el demandante no ha alegado una situación de emergencia o necesidad impostergable de recibir la indemnización, sino tan sólo la inconstitucionalidad genérica del plazo establecido por la ley. El derecho que toda persona tiene a que se respete su integridad física, psíquica y moral que consagra el inc. 1º del art. 5º del Pacto de San José de Costa Rica no resulta incompatible con el sistema de consolidación de deudas, que no priva a los particulares de los beneficios patrimoniales declarados por sentencia firme sino que restringe, temporalmente, la percepción íntegra de los montos debidos.

Como vemos, la Corte sostuvo en dicho precedente que no es constitucionalmente inválida una ley que respetando el juicio que las sentencias contienen y su fuerza ejecutoria, regula el modo y tiempo de obtener el efecto de manera distinta a como lo regula la ley vigente cuando la sentencia se dictó, mientras la misma regulación no importe destituir prácticamente de su eficacia a ésta última. Como veremos en el punto siguiente esta doctrina judicial debe ser revisada a la luz de lo resuelto recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte inició un recorrido de especial análisis de determinados casos en los que la aplicación de dicha norma de emergencia podía afectar derechos humanos fundamentales, vinculados a la vida y la salud de los reclamantes. Una de tales excepciones a tal ratificación de la constitucionalidad de la ley 23.982 la encontramos en el caso “Iachemet, María c/ Nación Argentina”⁷¹⁰, en el que la Corte entendió que

⁷¹⁰ CSJN, Fallos, 316:780.

La aplicación de la ley 23982 al caso de una pensionada que reclama retroactivamente en base a una sentencia firme y que cuenta con 92 años de edad llevaría no a una modificación del modo de cumplimiento de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada sino al desconocimiento sustancial de ésta. En consecuencia, al no ser posible –sin forzar la letra ni el espíritu de la ley citada– efectuar una interpretación de ella que la haga compatible en el sublite con la garantía del art. 17 de la C.N. (Fallos 312:2467, considerando 9 y sus citas), corresponde resolver que resulta acertado el pronunciamiento de Cámara en cuanto declara su inconstitucionalidad. Agregó el Tribunal que: “Corresponde concluir que la ley de consolidación 23982 no respeta la exigencia de que la restricción al principio constitucional de la cosa juzgada sea sólo “temporal”, de modo de no “degradar su sustancia” si se la aplica a una jubilada de 93 años de edad pues, conforme al desenvolvimiento natural de los hechos, resulta virtualmente imposible que llegue a percibir la totalidad del crédito que le reconoció el pronunciamiento judicial pasado en autoridad de cosa juzgada.”

En el precedente “Escobar, Héctor c/ Fabricio, Daniel –Municipalidad de Tigre y Ejército Argentino”, la Corte afirmó que “En este caso surge claramente que la reparación integral del damnificado exige la atención inmediata de las secuelas de las gravísimas lesiones sufridas por el actor con motivo del hecho dañoso, así como el tratamiento de afecciones de orden psíquico y estético. En este caso, una modificación en el modo de cumplimiento de la sentencia como la que resulta del régimen de la ley 23982, comportaría no solamente una postergación en el ingreso de un bien de naturaleza económica en el patrimonio de la víctima, sino principalmente la frustración de una finalidad esencial en el resarcimiento por daños a la integridad psicofísica, cual es el cese del proceso de degradación mediante una rehabilitación oportuna. Las consideraciones precedentes permiten concluir que la aplicación al caso de autos del régimen de la ley 23982 llevaría al desconocimiento sustancial de la sentencia. Al no ser posible –sin forzar la letra de la ley o su espíritu– efectuar una interpretación de ella que la haga compatible

en el sub judice con la garantía de los arts. 17 y 18 de la CN corresponde rechazar el agravio del Estado Nacional y confirmar el pronunciamiento de Cámara en cuanto declara su inconstitucionalidad.”⁷¹¹

Similar interpretación realizó la Corte en el caso “Gutiérrez, Alberto c/ Ferrocarriles Argentinos s/ Daños y perjuicios”, al sostener que: “Ante la necesidad que tiene el demandante de afrontar en forma inmediata una terapia psiquiátrica, como la de contar con las sumas aptas para adquirir el material ortopédico y cubrir el tratamiento kinésico, una modificación en el modo de cumplimiento de la sentencia como la que resulta de la ley 23982 comportaría no solamente una postergación en el ingreso de un bien de naturaleza económica en el patrimonio de la víctima sino principalmente la frustración de una finalidad esencial del resarcimiento por daños a la integridad psicofísica, cual es el cese del proceso de degradación mediante una rehabilitación oportuna.”⁷¹²

14.4. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Furlan y Familiares vs. Argentina” sentenciado el 31 de agosto de 2012, se refirió en un caso contra el Estado Argentino, sobre el derecho de propiedad frente al pago de una deuda mediante bonos públicos de consolidación dispuesto por ley 23.982. El Estado es responsable por la vulneración del artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana, por haber excedido el plazo razonable, en perjuicio de Sebastián Claus Furlan y –en lo que aquí interesa– es responsable por la vulneración al derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad privada, consagrados en los artículos 25.1, 25.2.c y 21, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

El 21 de diciembre de 1988, con 14 años de edad, Sebastián Furlan ingresó a un predio cercano a su domicilio, propiedad del Ejército Ar-

⁷¹¹ CSJN, Fallos: 318:1593.

⁷¹² CSJN, Fallos, 321:1291.

gentino, con fines de esparcimiento. El inmueble no contaba con ningún alambrado o cerco perimetral que impidiera la entrada al mismo, hasta el punto que “era utilizado por niños para diversos juegos, esparcimiento y práctica de deportes”. Una vez en el predio, el menor de edad intentó colgarse de “un parante transversal o travesaño” perteneciente a una de las instalaciones, lo que llevó a que la pieza de aproximadamente 45 o 50 kilogramos de peso cayera sobre él, golpeándole con fuerza la cabeza y ocasionándole pérdida instantánea del conocimiento. Sebastián Furlan fue internado en el servicio de Terapia Intensiva del Hospital Nacional Posadas, con el diagnóstico de traumatismo encefalocraneano con pérdida de conocimiento en estado de coma grado II-III, con fractura de hueso parietal derecho. En dicha oportunidad ingresó al quirófano para ser intervenido por “un hematoma extradural”. Luego de la operación, Sebastián Furlan continuó en coma grado II hasta el 28 de diciembre de 1988 y en coma vigil hasta el 18 de enero de 1989.

Así se dictó sentencia en la que se reconoció indemnización a favor de Sebastián Furlan que quedó enmarcada bajo la Ley 23.982 de 1991, por lo cual debía escoger entre dos formas de cobro: i) el pago diferido en efectivo, o ii) la suscripción de bonos de consolidación emitidos a dieciséis años de plazo. Cualesquiera de estas dos opciones implicaban que Sebastián Furlan no recibiría de manera inmediata la suma de 130.000 pesos argentinos por concepto de la indemnización a su favor, sino que debía escoger entre un pago de la suma por plazos o un pago por medio de bonos que sólo obtendrían el valor nominal de los mismos después de transcurridos 16 años. Al respecto, se encuentra probado que debido a las precarias condiciones económicas en las que se encontraba y la necesidad de una rápida obtención del dinero para los tratamientos médicos, Danilo Furlan optó por la suscripción de bonos de consolidación en moneda nacional cuyo vencimiento era el año 2016. Asimismo, esta Corte observa que después de que los bonos fueron pagados al beneficiario, el señor Danilo Furlan cobró dichos bonos a un precio del 33% de su valor nominal. Después de sufragar el monto que le correspondía pagar por las costas procesales según la responsa-

bilidad del 30% atribuida, y restar el 30% que correspondía al abogado, Sebastián Furlan recibió en definitiva 116.063 bonos, equivalentes aproximadamente a \$38.000 pesos argentinos, de los 130.000 pesos argentinos ordenados por la sentencia.

Dijo la Corte que el artículo 25 de la Convención Americana tiende a; “garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento. Por tanto, la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado”.

Corte considera que la ejecución de la sentencia que concedió la indemnización no fue completa ni integral, por cuanto se encuentra probado que Sebastián Furlan debía recibir 130.000 pesos argentinos y realmente cobró aproximadamente \$38.000 pesos argentinos, lo cual es un monto excesivamente menor al que había sido inicialmente ordenado. Si bien el Estado alega que la decisión de vender los bonos fue una decisión que se enmarcaba en el ámbito personal, la Corte observa que las condiciones personales y económicas apremiantes en las cuales se encontraban Sebastián Furlan y su familia no les permitía esperar hasta el año 2016 para efectuar el cobro. Igualmente, el Tribunal nota que ni la Comisión o los representantes han presentado alegatos frente al monto inicial que se fijó en la sentencia, sino precisamente al hecho de que al realizarse el cobro, éste haya disminuido hasta casi una tercera parte.”

También el Tribunal considera que a la hora de aplicar la Ley 23.982 de 1991, las autoridades administrativas debían tener bajo

consideración que Sebastián Furlan era una persona con discapacidad y de bajos recursos económicos, lo cual lo ubicaba en situación de vulnerabilidad que conllevaba una mayor diligencia de las autoridades estatales.

Dijo la Corte: “En el presente caso, las autoridades administrativas nunca tuvieron bajo consideración que, al aplicarse la modalidad de pago establecida en la mencionada Ley, se disminuía en forma excesiva el insumo económico que recibió Sebastián Furlan para una adecuada rehabilitación y mejores condiciones de vida teniendo en cuenta su estado de vulnerabilidad. Por el contrario, el Estado justificó la aplicación de dicha regulación debido a que ocurrió “una de las crisis económicas y sociales más graves y profundas de la historia, que derivó, entre otras cosas, en la devaluación de la moneda, precedida por la derogación de la ley [...] de convertibilidad que establecía la paridad entre el peso y el dólar”. Sin embargo, el Tribunal observa que la regulación aplicada en el presente caso data de 1991, por lo que la Corte considera que era necesario que las autoridades que ejecutaron la sentencia judicial hubieran realizado una ponderación entre el estado de vulnerabilidad en el que hallaba Sebastián Furlan y la necesidad de aplicar la ley que regulaba estas modalidades de pago. La autoridad administrativa debía prever este tipo de impacto desproporcionado e intentar aplicaciones alternativas menos lesivas respecto a la forma de ejecución más perjudicial para las personas en mayor vulnerabilidad.”

La Corte observa que en este caso existe una interrelación entre los problemas de protección judicial efectiva y el goce efectivo del derecho a la propiedad. En efecto, al aplicar un juicio de proporcionalidad a la restricción del derecho a la propiedad ocurrida, se encuentra que la Ley 23.982 cumplía con una finalidad admisible convencionalmente, relacionada con el manejo de una grave crisis económica que afectaba diversos derechos de los ciudadanos. El medio escogido para enfrentar dicho problema podía resultar idóneo para alcanzar dicho fin y, en principio, puede aceptarse como necesario, teniendo en cuenta que en ocasiones puede no existir medidas alternativas

menos lesivas para enfrentar la crisis. Sin embargo, a partir de la información disponible en el expediente, la restricción al derecho a la propiedad de Sebastián Furlan no es proporcionada en sentido estricto porque no contempló ninguna posibilidad de aplicación que hiciera menos gravosa la disminución del monto indemnizatorio que le correspondía. No se encuentra en el expediente algún tipo de previsión pecuniaria o no pecuniaria que hubiera podido moderar el impacto de la reducción de la indemnización u otro tipo de medidas ajustadas a las circunstancias específicas de una persona con varias discapacidades que requerían, para su debida atención, del dinero ya previsto judicialmente como derecho adquirido a su favor. En las circunstancias específicas del caso concreto, el no pago completo de la suma dispuesta judicialmente en favor de una persona pobre en situación de vulnerabilidad exigía una justificación mucho mayor de la restricción del derecho a la propiedad y algún tipo de medida para impedir un efecto excesivamente desproporcionado, lo cual no se comprobó en este caso.

15. El Estado nacional en juicio. Procesos civiles, laborales y contenciosos administrativos

Además del proceso contencioso administrativo analizado en los puntos anteriores, el Estado nacional puede estar en juicio en otros fueros y regularse tales juicios por procesos diferentes.

La participación del Estado en otros fueros como el Civil o el Laboral está determinada por las reglas generales de determinación de la competencia federal que surgen de la Constitución nacional, así como de las leyes que la reglamentaron, en especial las relativas a la materia aplicable.

Palacio de Caeiro explica que “La competencia federal por materia –*ratione materiae*– se circunscribe al conocimiento y aplicación del derecho federal, integrado por las normas de la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos y los demás instrumen-

tos internacionales en las condiciones señaladas por el art. 75, incs. 22 y 24, respectivamente, y la legislación federal dictada en consecuencia.”⁷¹³

Es criterio jurisprudencial de la CSJN que la competencia federal en razón de la materia es improrrogable, privativa y excluyente de las jurisdicciones provinciales, sin que el consentimiento ni el silencio de las partes sean hábiles para derogar estos principios.⁷¹⁴

En cuanto a los otros carriles formales por los que puede llevarse a juicio a la Administración Pública nacional a través de la acción de amparo y los recursos directos. Respecto de la acción de amparo, su originario reconocimiento jurisprudencial fue ratificado por la Constitución nacional reformada en 1994, al establecerlo como garantía.

16. Fuero Federal, Justicia Nacional y Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

16.1. Fuero Federal

En este punto, desarrollaremos la estructura orgánica del poder judicial federal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la materia contencioso administrativa, entendiendo al fuero como el lugar o tribunal donde se administra justicia, de un carácter objetivo pues refiere al grupo de órganos del poder judicial que ejercen la jurisdicción federal, provincial o de la CABA, ejerciendo competencia especializada en diferentes materias (derecho civil, penal, comercial, laboral, administrativa, etc.).

La jurisdicción federal se ha definido como la facultad conferida al Poder Judicial de la Nación, para administrar justicia en los casos, sobre las personas y en los lugares especialmente determinados por la Constitución nacional. Por su parte la competencia de un juez para intervenir en un caso es definida como la capacidad o aptitud que la ley reconoce a un órgano o conjunto de órganos judiciales para ejercer sus funciones

⁷¹³ Palacio de Caeiro, Silvia B; “Competencia Federal”, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 68.

⁷¹⁴ CSJN, Fallos: 319:1397.

con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso (Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007).

Ha dicho la CSJN que “la jurisdicción federal lleva al propósito de afirmar atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, tratados y leyes nacionales, así como las concernientes a almirantazgo y jurisdicción marítima, y la importancia de su existencia es asegurar el cumplimiento de las leyes nacionales dictadas en el marco de las facultades legislativas otorgadas al gobierno central”⁷¹⁵.

La conformación institucional nacional, al adoptar en 1853 el sistema federal de organización política, tuvo su origen en la delegación de funciones de las provincias al Estado nacional y dio como resultado los siguientes órdenes jurisdiccionales; a) Justicia nacional o federal, aplicable a los territorios de la Nación y a las situaciones expresamente previstas en la Constitución (arts. 116 y 117 CN); b) Justicia provincial, que rige los territorios de los estados locales (arts. 50, 121 y sgtes. CN) y c) Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129 CN).

La ley 27 de organización de la justicia nacional **establece en su primer artículo** que la Justicia Nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes Nacionales, a la decisión de las causas en que se versen intereses, actos o derechos de Ministros o agentes públicos, de simples individuos, de Provincia o de la Nación.

Agrega que su intervención nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (art. 2º) y que uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella (art. 3º).

En el art. 4º dispone que la justicia nacional conoce y decide en todos los asuntos regidos por la Constitución y Leyes Nacionales, y en todas las causas expresadas en los artículos 100 y 101 de la Constitu-

⁷¹⁵ CSJN; Fallos: 330:1114.

ción pero cuando fuere llamada, de conformidad con el artículo 100, a juzgar entre vecinos de diferentes Provincias, lo hará con arreglo a las respectivas leyes provinciales, agregando en el art. 5° que no interviene en ninguno de los casos en que, compitiendo ese conocimiento y decisión a la jurisdicción de Provincia no se halle interesada la Constitución ni ley alguna Nacional.

Por último especifica que los Juzgados de Sección conocen en primera instancia, de todas las causas que se expresan en el artículo 100 de la Constitución, sin incluir en ellas las exceptuadas en el artículo 101 de la misma Constitución, de las contenciosas administrativas y demás que interesen al Fisco Nacional, más en las de contrabando, lo harán, por ahora, tanto en el territorio de la Provincia de Buenos Aires, cuanto en el resto de la República, ajustándose a las respectivas leyes y disposiciones dictadas y vigente en ellas (art. 20).

Posteriormente, con la sanción de la ley 48 estableció la jurisdicción y competencia de los Tribunales Nacionales disponiendo en su artículo 2° que los Jueces Nacionales de Sección conocerán en primera instancia de las causas siguientes: “5° Toda acción fiscal contra particulares o corporaciones, sea por cobro de cantidades debidas o por cumplimiento de contratos, o por defraudación de rentas nacionales, o por violación de reglamentos administrativos.^{6°} En general todas aquellas causas en que la Nación o un recaudador de sus rentas sea parte.”

Agregó el art. 21 de la ley que “Los Tribunales y Jueces Nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los Tratados con Naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento en el orden de prelación que va establecido.”

Así la justicia federal con competencia contencioso administrativa, debe ser estudiada teniendo en cuenta que existen una construcción estructural diferenciada entre los órganos del Poder Judicial que tienen

su sede en la Ciudad de Buenos Aires y los que se hallan radicados en las ciudades de las provincias que integran el Estado Federal.

En las ciudades de las provincias en las que se encuentra presente el Poder Judicial Federal existen juzgados de primera instancia y cámaras con competencia única (penal, civil y comercial, laboral y contencioso administrativo) o dividida en penal y no penal (civil y comercial, laboral y contencioso administrativo).

En la jurisdicción federal ubicada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cambio, existe un fuero especializado con competencia Contencioso Administrativa constituido por doce juzgados de primera instancia y una Cámara Nacional Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, integrada por cinco salas de tres magistrados cada una.

Su origen se encuentra en 1981 con la creación de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo por las leyes 21.628 y 21.752, que separó la nueva competencia del antiguo fuero civil y comercial federal.

Esta pluralidad de órganos judiciales con diferente competencia material en una misma jurisdicción exige que se establezca un criterio para resolver los conflictos que se sucedan entre los distintos fueros (Civil y Comercial, Previsional, Contencioso Administrativo) para entender en tal o cual causa.

Los clásicos sistemas para resolver estas cuestiones de competencia pueden ser clasificados en subjetivos (se determina por la presencia del sujeto Estado como parte del proceso), material (se define por el ejercicio material de función administrativa) u objetivo (el criterio utilizado es el derecho aplicable, en este caso, derecho administrativo). El criterio para determinar la competencia material hoy vigente en la justicia federal contencioso administrativa de la jurisdicción capital es éste último. Veamos.

Ante la inexistencia de un código procesal administrativo federal, la cuestión de competencia fue resuelta por la jurisprudencia de la Alzada que completó el vacío legislativo al establecer como doctrina legal, a

través del dictado de fallos plenarios, que la competencia contencioso administrativa requería que la cuestión estuviera regida *prima facie*, de modo preponderante por el derecho administrativo (“J.R. Kudrnach y Cia. SRL s/ Rec. de Amparo”, CNFed.CA en pleno, 2/VIII/59). Criterio luego ratificado en otro conocido plenario que entendió que son las normas de fondo de preponderante aplicación las que determinarán la competencia contencioso administrativa (“Miguel Boccardo e hijos y otros c/Banco Hipotecario Nacional, CNFed.CA en pleno, 30-V/78).

La doctrina judicial del fuero entiende que la competencia del fuero contencioso administrativo no se define porque intervenga el Estado en el juicio (criterio subjetivo), ni porque se cuestione la legitimidad de un acto administrativo, sino por la materia en debate, por su contenido jurídico y por el derecho que se intenta hacer valer, esto es, por la subsunción del caso al derecho administrativo.

En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que “La competencia del fuero contencioso administrativo federal no se define por el órgano emisor del acto impugnado, por el carácter de las partes o por el hecho que se plantee la nulidad de un acto administrativo, sino por la aplicación de normas de derecho administrativo para regir la cuestión litigiosa”⁷¹⁶

16.2. Justicia Nacional

La Justicia Nacional con competencia en derecho común u ordinario que tiene su sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encuentra organizada de la siguiente forma: a) Justicia Nacional en lo Comercial, b) Justicia Nacional del Trabajo, c) Justicia Nacional en lo Civil y d) Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional.

16.3. Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se constituyó en uno de los primeros desa-

⁷¹⁶ CSJN, Fallos: 321:720.

rrillos, junto a la justicia contravencional, del Poder Judicial del nuevo gobierno autónomo.

En la reforma constitucional nacional del año 1994 se reconoció a la ciudad de Buenos Aires un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, estableciendo que su Jefe de Gobierno sería elegido directamente por el pueblo de la ciudad (art. 129 C.N.).

El constituyente nacional estableció que mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación, una ley garantizará los intereses del Estado Nacional. Así el Congreso Nacional sancionó en noviembre de 1995 la Ley 24.588 que, en lo que aquí interesa, dispuso en su artículo 8° que la justicia nacional ordinaria de la ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación. La ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales.

Dicho marco de autonomía implicó el dictado de una Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el año 1996, regulando en su título V, todo lo referente al Poder Judicial (art. 106 a 126), sin establecer en ella los fueros que lo integran.

En la cláusula transitoria décimo segunda, inciso 1°-b), el Jefe de Gobierno, hasta que se constituya la Legislatura de la Ciudad, podrá se estableció que Constituir los fueros Contencioso Administrativo y Tributario, Contravencional y de Faltas y los demás que fueren menester para asegurar el adecuado funcionamiento del Poder Judicial local, crear los Tribunales que resulten necesarios y designar en comisión a los jueces respectivos. La constitución del fuero Contravencional y de Faltas importará la cesación de la Justicia Municipal de Faltas creada por la ley 19.987, cuyas causas pendientes pasarán a la Justicia Contravencional y de Faltas.

En marzo de 1998 se sancionó la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 7) en la que se dispuso que el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires es ejercido,

entre otros por los Juzgados de Primera Instancia y las Cámaras de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (art. 7°). La composición y competencia del fuero contencioso administrativo está regulado en sus artículos 34 y 41. Allí se dispone que la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario está integrada por nueve (9) jueces y juezas, y funciona dividida en tres (3) salas de tres (3) jueces y juezas cada una. Es tribunal de alzada respecto de las resoluciones dictadas por los jueces y juezas en lo contencioso administrativo y tributario. Tendrá competencia en los recursos directos previstos en la Ley (art. 4° de la Ley N°7) y que la justicia en lo contencioso administrativo y tributaria está integrada por veinticuatro (24) juzgados que entienden en todas las cuestiones en que la Ciudad sea parte, cualquiera fuera su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado (art. 41).

El Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 189) es la primera ley procesal de dicha jurisdicción local y regula todos los aspectos de dicho proceso judicial, en un total de 465 artículos.

Respecto del criterio para determinar la competencia material del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el legislador optó por el subjetivo. En sus primeros artículos dice que consideran autoridades administrativas de la Ciudad de Buenos Aires la administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada, los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires, en ejercicio de la función administrativa y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejerzan potestades públicas otorgadas por las leyes de la Ciudad de Buenos Aires (art. 1°). Agrega que son causas contencioso administrativas a los efectos de este Código todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. La competencia contenciosa administrativa y tributaria es de orden público (art. 2°).

17. El arbitraje y la Administración Pública nacional. El Estado Nacional ante órganos jurisdiccionales internacionales

17.1 El arbitraje y la Administración Pública nacional

El arbitraje internacional y el juzgamiento del Estado Nacional por organismos internacionales ha sido dispuesto por la ley nacional N° 24.353 (1994) al aceptar la competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI), en el marco del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (1966).

El CIADI es un organismo internacional autónomo que actúa –bajo la esfera del Banco Mundial– como árbitro en los conflictos de naturaleza jurídica que se produce entre los Estados Parte y un nacional de otro Estado Parte respecto de una inversión económica. El Convenio establece en su primer artículo que el CIADI tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de dicho pacto.

En su artículo 25 dispone el Convenio que la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

Los conflictos que son llevados al CIADI son los que nacen al amparo de los tratados bilaterales o multilaterales de protección de inversiones que firmó nuestro país a partir de la década del noventa. Argentina firmó más de cincuenta acuerdos bilaterales con otros países sobre promoción y protección recíproca de inversiones que, por lo general, establece principios como el de nación más favorecida, trato justo y

equitativo, régimen de expropiación y solución de controversias. Actualmente, entre causas concluidas y pendientes, el CIADI tramitó hasta hoy cincuenta y tres causas contra el Estado Argentino.

Compartimos la visión crítica de este sistema de protección de los inversionistas extranjeros expuesta por Carlos Balbín, quien sostuvo su inconstitucionalidad y afirmó que “En síntesis, el modelo del CIADI y los tratados bilaterales crearon un régimen de sobreprotección arbitrario porque los inversores extranjeros en nuestro país reciben un trato más favorable que los propios inversores argentinos. Es más, el trato que los inversores extranjeros reciben aquí es mucho mejor que el trato que ellos mismos reciben en sus propios países”.

El Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica, conocido como TPP por sus siglas en inglés, estableció una zona de libre comercio para los países que sucesivamente se fueron sumando al tratado (Brunéi, Chile, Nueva Zelanda, Singapur (2005), Australia, Canadá, Estados Unidos, Japón, Malasia, México, Perú y Vietnam) y prevé un sistema de solución de controversias a cargo de un grupo especial encargado de aplicar las disposiciones del Tratado.

Se puede apreciar, que, en el contexto de la Organización Mundial del Comercio, los Estados Nacionales ha delegado competencia para resolver muchos de los conflictos con empresas extranjeras, poniendo en un lugar de privilegio la inversión foránea y renunciando a parte de su soberanía. Estos mecanismos procesales resultan en la práctica una tutela diferenciada en favor de los inversionistas, generalmente de los países del primer mundo, y en nuestro caso, afecta los principios centrales de nuestra organización jurídica y constitucional.

Las consecuencias de reconocer la jurisdicción en los países del que provienen las inversiones (generalmente pertenecen a grupos de naciones desarrolladas del primer mundo) pudimos observarla en la intervención de la Justicia norteamericana en los juicios de tenedores de deuda pública argentina. En este tipo de proceso judicial, en los que los Estados son tratados en igualdad de condiciones que los particulares, es donde se interpretan y aplican textos de tratados que benefician a em-

presas inversoras de países desarrollados, desconociendo la soberanía de los países no desarrollados o del tercer mundo que recibieron inversiones, y perjudicando las políticas económicas nacionales, obteniendo como resultado el empobrecimiento de sus pueblos y disminuyendo los niveles de satisfacción de derechos fundamentales, en especial los económicos, sociales y culturales.

17.2. El Estado Nacional ante órganos jurisdiccionales internacionales

a) El nuevo sistema de fuentes creado por la Constitución reformada en 1994

El ordenamiento jurídico interno –y en especial el derecho administrativo–, se ha transformado luego de la incorporación a nuestro texto constitucional de tratados internacionales referidos a derechos humanos con la incorporación de nuevas fuentes del derecho y –la consiguiente– aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos humanos y de otros organismos convencionales de protección de Derechos Humanos. Asimismo, además de reconocer carácter supra legal a todos los tratados, incorporó aquellos destinados a la integración con otros Estados nacionales. Estas transformaciones normativas que reestructuraron los cimientos de nuestro ordenamiento jurídico abrieron la posibilidad que el Estado Nacional sea juzgado ante órganos jurisdiccionales internacionales.

Este proceso histórico, disparado por la sanción del nuevo artículo 75 incisos 22 y 24 de la Constitución Nacional reformada en 1994, ha sido acompañado por una señera jurisprudencia de nuestro máximo tribunal federal y luego seguida por los órganos judiciales inferiores, tanto nacionales como provinciales.

Así la Constitución incorporó a las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico cuatro categorías de Tratados Internacionales; aquellos expresamente detallados en su artículo 75, inc. 22 con jerarquía constitucional; los tratados y convenciones de derechos humanos, también

con jerarquía constitucional; los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales previsto en el artículo 75, inc. 24; y el resto de los tratados y concordatos que tienen jerarquía superior a las leyes. Esta modificación constitucional tuvo repercusión directa en la posibilidad que el Estado Nacional se encuentre sometido a jurisdicciones internacionales, tanto en materia de Derechos Humanos, como en aquellas cuestiones vinculadas con la integración regional (MERCOSUR).

Los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional deben ser interpretados en las condiciones de su vigencia, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y son complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación –en autos “Giroldi”– interpretó esta norma, respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos, al decir que “la recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, en las condiciones de su vigencia (artículo 75, inciso 22, párrafo 2), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”.⁷¹⁷

Es decir nuestro máximo Tribunal Federal entiende que la jurisprudencia de los tribunales internacionales debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el

⁷¹⁷ CSJN, “Giroldi, Horacio D. y otro”, Fallos; 318:514.

Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁷¹⁸

La Corte Interamericana de DDHH, siguiendo lo dispuesto por los arts. 62.3 y 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha dicho que sus fallos son en el caso concreto de cumplimiento obligatorio para los Estados, sobre la base de considerar la responsabilidad internacional de los países derivada del deber de cumplir sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*). Este criterio fue seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Espósito [Bulacio]”⁷¹⁹ y “Simón”⁷²⁰, entre otros.

Por lo demás, cabe tener presente que las sentencias de la Corte I.D.H. así como algunos pronunciamientos de la Comisión están revestidas de cierto valor vinculante en general (ya no en el caso concreto) o, por lo menos, deben servir de guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica por parte de los tribunales argentinos, sobre todo teniendo en consideración la importante función de hermenéutica evolutiva o *aggiornamento* que el órgano jurisdiccional supranacional desarrolla sobre la antigua normativa de la Convención de 1969.

Recientemente la CSJN dictó sentencia en la causa “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional”⁷²¹ en la que se pronunció sobre las consecuencias jurídicas que traen aparejadas para el Estado Argentino las recomendaciones emanadas de la Comisión Interamericana, en los términos del informe definitivo previsto en el artículo 51.2 de la citada Convención Americana. Fundamentaron su decisión en que el informe de la Comisión –en el caso, adverso al Estado– constituía la decisión final del sistema, pues el régimen procesal prevé sobre el fondo del asunto una sola y única decisión definitiva que estará

⁷¹⁸ CSJN, “Giroldi” (Fallos: 318:514 -7/04/95); “Bramajo” (Fallos: 319:1840 -12/09/96); “Felicetti” (Fallos: 323:4150- 21/12/00) y “Casal” (Fallos: 328:3399 -20/09/05).

⁷¹⁹ CSJN, Fallos 327:5668.

⁷²⁰ CSJN, Fallos 328:2056.

⁷²¹ CSJN, Sent. del 3-VIII-2013.

dada, o bien por el informe “definitivo” de la Comisión, o bien, por la sentencia de la Corte Interamericana, siendo excluyentes una de la otra. (cons. 8°).

Sostuvo el Tribunal federal, además, que debía conferirse valor vinculante a las mentadas recomendaciones, puesto que el trámite ante ese órgano –si bien rodeado de las garantías atinentes al debido proceso– entraña un “desequilibrio procesal” entre el peticionario y el Estado, en tanto este último, en caso de discrepancia con el informe preliminar del artículo 50 emitido por la Comisión, tiene la “alternativa procesal” de someter el caso a la Corte Interamericana, mientras que para el peticionario la decisión de la Comisión sobre la no violación de las normas convencionales en un caso determinado, “da lugar, directamente, a una decisión tan definitiva como obligatoria, dado que carece absolutamente de *jus standi* para someter el litigio ante la CorteIDH”. (cons. 11).

b) El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva como garantías constitucionales de los derechos fundamentales

Bajo el concepto genérico de “tutela judicial efectiva” se incluye una serie de garantías que se desarrollan en distintos aspectos de la protección jurisdiccional de las personas y que se extienden a todos los tipos de procesos judiciales y administrativos.

El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido producto de una larga evolución normativa, jurisprudencial y doctrinaria que comenzó creando garantías específicas dentro del proceso criminal y que culminó aglutinando en un concepto más amplio y general todos los derechos y garantías que le permiten gozar al ciudadano de un servicio de justicia efectivo.

El Preámbulo de la Constitución Nacional dispone como objetivo de nuestra organización política “afianzar la justicia”. Si bien los Constituyentes nacionales de 1853 no incluyeron en forma expresa en nuestra Carta Magna el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizaron a través de su art. 18 la protección del “debido proceso adjetivo” y del

“derecho a la defensa en juicio”. Esta norma garantiza la existencia de un juicio previo, la intervención del juez natural, la inviolabilidad de la defensa en juicio y la prohibición de la declaración contra sí mismo. No obstante referirse básicamente a garantías aplicables a la esfera del proceso penal, estos derechos sustanciales deben ser observados en todo tipo de proceso administrativo o judicial. Éste es el criterio aceptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el ámbito regional la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce en su artículo 8 las garantías judiciales, disponiendo que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ello, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, complementando tal garantía con la disposición del artículo 25 sobre protección judicial que reconoce que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

La Convención obliga a los Estados parte a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, los compromete a desarrollar las posibilidades de recurso judicial y garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (Artículo 25, inc. 2 de la CADH).

En el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 dispone que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas

garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ello o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

Este artículo del PIDCyP fue interpretado por el Comité de Derechos Humanos al emitir la Observación general N° 32 en el año 2007, titulada “El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”.

En cuanto al contenido y extensión de las causas en que se busca determinar derechos de carácter civil, el Comité dijo: “El concepto de la determinación de derechos u obligaciones “de carácter civil” es más complejo...Se trata de un concepto que abarca...b) las nociones equivalentes de derecho administrativo, como el cese en el empleo de funcionarios públicos por motivos no disciplinarios, la determinación de las prestaciones de la seguridad social, los derechos de pensión de los soldados, los procedimientos relativos al uso de terrenos públicos o la apropiación de propiedades privadas” (punto 16).

Todas estas garantías procesales reconocidas expresamente en los tratados internacionales de derechos humanos constitucionalizados son plenamente aplicables a los procesos contencioso administrativo federal y locales, y –con las debidas adecuaciones– a los procedimientos administrativos en los ámbitos nacional y provinciales.

c) Organismos internacionales con funciones jurisdiccionales

Una vez repasado el valor jurídico de los tratados con jerarquía constitucional y de las decisiones dispuestas por los órganos creados por ellos, expondremos brevemente los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos que pueden someter al Estado argentino ante estrados internacionales.

Los derechos humanos garantizados por los tratados internacional de protección, tanto regional como universal, tienen como principales obligados a los Estados, es decir son los legitimados pasivos de todos los procedimientos jurisdiccionales en los que se determina

si se produjo una violación a los derechos y garantías expresamente protegidos por tales instrumentos.

En el ámbito regional (O.E.A.) el sistema de protección interamericano de Derechos Humanos se constituye con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), con protocolos adicionales (Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales –1988– y Protocolo relativo a la abolición de la Pena de Muerte –1990–).

El sistema de protección de Derechos Humanos interamericano se caracteriza, además de reconocer expresamente derechos fundamentales (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) y proteger a personas o grupos vulnerables (migrantes, niños, niñas y adolescentes, mujeres, personas con discapacidad, trabajadores, etc.), estableció un sistema institucional articulado en dos organismos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el primero con su sede en Washington y el último en San José de Costa Rica.

La Comisión, compuesta por siete miembros, tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, siendo competente para receptor denuncias o quejas de violación de la Convención presentadas por personas, individual o grupalmente, entidades no gubernamentales o Estados miembros de la OEA. El procedimiento reglamentado puede concluir con una solución amistosa, con un informe de la Comisión o con la presentación del caso ante la Corte Interamericana (arts. 34 a 51 de la CADH).

La Corte, integrada también por siete jueces, entiende en las causas –iniciadas por los Estados parte o la Comisión– y decide si hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención Americana, pudiendo disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. También puede disponer la reparación de las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una jus-

ta indemnización a la parte lesionada. Asimismo, puede en casos de extrema gravedad y urgencia a fin de evitar daños irreparables a las personas tomar medidas provisionales (arts. 61 a 65 de la CADH). La Corte también tiene una competencia consultiva habiendo dictado muchas resoluciones interpretativas del texto de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así, en este marco, la República Argentina fue denunciada en muchas oportunidades, resolviendo amistosamente tales cuestiones ante la Comisión y litigando en varios casos ante la Corte en condición de Estado demandado, habiendo recibido en muchos de ellos condenas por violación de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁷²²

Universalmente el sistema de protección internacional de Derechos Humanos enmarcado en el ámbito de Naciones Unidas, tiene una organización más dispersa que su par interamericano, existiendo una serie de órganos creados por cada convención específica, al mismo tiempo que en el ámbito de la ONU existen grupos de trabajos y relatores, ya sean geográficos o temáticos, conocidos como mecanismo extra convencionales.

Así el Comité de Derechos Humanos entiende en el cumplimiento de los derechos y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Comité de Derechos sociales, eco-

⁷²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 18, “Maqueda Vs. Argentina”, 17-I-1995; Serie C N° 26 y 39, “Garrido y Baigorria Vs. Argentina”, 02-II-1996 y 27-VIII-1998; Serie C N°85 y 97, “Cantos Vs. Argentina”, 07-IX-2001 y 28-XI-1998; Serie C N° 100, “Bulacio Vs. Argentina”, 18-IX-2003; Serie C N° 164, “Bueno Alves Vs. Argentina”, 11-V-2007; Serie C N° 164, “Bayarri Vs. Argentina”, 30-X-2008; Serie C N° 177, “Kimel Vs. Argentina”, 02-V-2008; Serie C N° 229, “Torres Millacura y otros Vs. Argentina”, 26-VIII-2011; Serie C N° 231, “Grande Vs. Argentina”, 31-VIII-2011; Serie C N° 238, “Fontevicchia y D Amico Vs. Argentina”, 29-XI-2011; Serie C N°242, “Forneron e Hija Vs. Argentina”, 27-IV-2012; Serie C N° 246, “Furlán y Familiares Vs. Argentina”, 31-VIII-2012; Serie C N° 255, “Mohamed Vs. Argentina”, 23-XI-2012; Serie C N° 260, “Mendoza y otros Vs. Argentina”, 14-V-2013; Serie C N° 265, “Mémoli Vs. Argentina”, 22-VIII-2013; Serie C N° 271, “Gutiérrez y Familia Vs. Argentina”, 13-XI-2013; Serie C N° 288 y 294, “Arguelles y otro Vs. Argentina”, 20-XI-2014 y 23-VI-2015.

nómicos y culturales lo hace respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Existen sendos protocolos que permiten la presentación de denuncias contra los Estados partes, habiendo nuestro país aceptado la jurisdicción de ambos órganos del sistema universal.

Por último, veremos brevemente el desarrollo de la construcción de un mercado común suramericano, en el marco del artículo 75, inciso 24 de la Constitución Nacional, que –como se adelantó– prevé un sistema de otorgamiento de jurisdicción a organismos internacionales.

En efecto, nuestro país es uno de los Estados suscriptores del Tratado de Asunción, en 1991, que, junto con Uruguay, Paraguay y Brasil, dio nacimiento al Mercado Común del Sur (MERCOSUR), constituyendo una unión aduanera entre los Estados Partes creando una zona de libre comercio y política comercial común. Posteriormente se le reconoció personalidad jurídica internacional y paulatinamente se incorporaron seis nuevos Estados asociados (Chile, Bolivia, Colombia, Perú, Ecuador y Venezuela).

El Estado argentino, al firmar los tratados de creación y constitución del MERCOSUR, delegó competencias y poderes jurisdiccionales, siendo por ello obligatorio el bloque normativo del mercado común. El Protocolo de Brasilia –reemplazado por el Protocolo de Olivos– creó un sistema de resolución de controversias, integrado por tribunales *ad hoc* y por el Tribunal Permanente de Revisión.

En opinión de Carlos Balbín, “El bloque normativo del MERCOSUR y, en particular, las disposiciones dictadas por éste, son fuente del Derecho Administrativo local con rango superior a la ley pero inferior a la Constitución”.⁷²³

⁷²³ Balbín, Carlos F., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, La Ley, p.471.

II. El proceso contencioso administrativo frente al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos⁷²⁴

1. *Presentación*

Intentaremos acercarnos ahora a una parte específica del amplio desarrollo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos les ha dado a las formas de reparación de las violaciones –por parte de los Estados– de los derechos reconocidos y protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos. Pondremos el ojo en algunos fallos del Tribunal interamericano en los que se juzgó un proceso judicial de responsabilidad interno llevado a cabo en el ámbito del poder judicial (justicia contenciosa administrativa) del Estado colombiano.⁷²⁵

El estado de esta jurisprudencia de la Corte y su proyección puede contribuir al desarrollo de la jurisprudencia de las justicias federal y locales, en la forma de definir y establecer la reparación y –de este modo– coadyuvar a aplicar plenamente la Convención Americana de Derechos Humanos en el derecho interno argentino.

La importancia de las construcciones jurisprudenciales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ve amplificada por la recepción que nuestro ordenamiento jurídico nacional le otorgó, a partir de la modificación de nuestro sistema de fuentes en la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994. La obligatoriedad dentro de nuestro

⁷²⁴ Esta sección del capítulo fue abordada en Cabral, Pablo Octavio; El proceso contencioso frente al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Derechos En Acción*, 6(6), 2018.

⁷²⁵ Corte IDH, Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, 5/07/04 (Serie C, N° 109); Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, 15/09/05 (Serie C, N° 134); Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, 31/01/06 (Serie C, N° 140); Caso de la Masacre de Ituango Vs. Colombia, 1/07/06 (Serie C, N° 148); Caso Masacre de La Rochela Vs. Colombia, 11/05/07 (Serie C, N° 163); Caso Valle Jaramillo Vs. Colombia, 27/11/08 (Serie C, N° 192); Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, 26/05/10 (Serie C, N° 213); Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, 30/11/12 (Serie C, N° 259) y Caso Rodríguez Vera y Otro (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia, 14/11/14 (Serie C, N° 287).

país de tales decisiones tomadas en el sistema regional de protección de los derechos humanos fue dispuesta por interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El impacto de la jurisprudencia del Sistema Interamericano, tanto respecto de la protección de los derechos de la Convención Americana, como de la reparación de los daños causados por la conducta estatal, obligan a los intérpretes de sistema de responsabilidad estatal a considerar los conceptos desarrollados por la Corte Interamericana.⁷²⁶

En este primer abordaje de los criterios del Tribunal interamericano seleccionamos nueve precedentes en los que se analizó el alcance de los procesos internos de reparación que se radicaron ante la justicia contencioso administrativa colombiana. Para ello en primer lugar abordaremos las reparaciones en el sistema interamericano, luego describiremos brevemente el funcionamiento de la justicia contencioso administrativa en Colombia y finalmente expondremos las tres etapas en que podemos dividir la jurisprudencia referida de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

2.1. Carácter complementario de la jurisdicción interamericana de derechos humanos

Cabe recordar que las incidencias de los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Interamericana deben cumplir un rol de guía y

⁷²⁶ Ampliar en Ibarlucía, Emilio, El derecho constitucional a la reparación. Su contenido y alcance, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2013, en especial Capítulo III, “Los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su posible incidencia en el derecho interno”; Buteler, Alfonso, Derecho Administrativo Argentino, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, Tomo II, dice “la CIDH ha ido delineando diversos criterios de reparación por la violación de los derechos humanos y ha establecido ciertos patrones conceptuales vinculados a los rubros indemnizatorios”, p. 432; Berizonce, Roberto y Hitters, Juan Carlos, De la tutela judicial interna a la tutela judicial interamericana”, Librería Editora Platense, La Plata, 2010.

referencia para las decisiones que los Estados, a través de sus órganos y poderes, adopten en relación a cuestiones que puedan afectar los derechos y libertades protegidos por la Convención Americana.

La influencia de las decisiones adoptadas por la Corte y la Comisión hacia el interior de los Estados parte, resulta una característica central del ordenamiento regional, pues es evidente que los órganos del sistema interamericano no pueden intervenir en cada una de las violaciones a los derechos humanos en la que tengan competencia ya que son los propios Estados los garantes primarios de la efectividad de tales derechos (Arts. 1 y 2 de la CADH). Se puede afirmar entonces que es una de las características esenciales de la jurisdicción interamericana de derechos humanos su necesaria complementariedad con las jurisdicciones locales.

Resulta un criterio pacífico de la Corte Interamericana que la jurisdicción internacional de derechos humanos tiene carácter subsidiario⁷²⁷, coadyuvante y complementario⁷²⁸. También que, según su propia doctrina, de acuerdo con el derecho internacional general, la Corte no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado a la víctima de la violación y carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno, lo que corresponde hacer a las autoridades judiciales nacionales.⁷²⁹

⁷²⁷ Cfr. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66; y Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 47.

⁷²⁸ Cfr. Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ver también, El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 31; La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 26; y Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61.

⁷²⁹ C-30 Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua.

La Corte expresó en el caso “Duque Vs. Colombia”⁷³⁰ que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos “consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren” y que “si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y esta Corte”. Además este Tribunal también indicó que “cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla a esta Corte para su ‘aprobación’ o ‘confirmación’”⁷³¹.

Asimismo, este Tribunal señaló que la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad, que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas

⁷³⁰ C-310 Caso Duque Vs. Colombia.

⁷³¹ Cfr. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 33, y Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286, párr. 136.

nacionales de garantías de los derechos humanos⁷³². El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa⁷³³.

Como explica Cristián Correa: “la jurisprudencia de la Corte ha hecho un interesante desarrollo de las formas de reparación, que descansa en la noción de *restitutio in integrum* y de indemnización justa, a que hace referencia el artículo 63.1 de la Convención...De esta forma, la jurisprudencia en esta materia de la Corte puede contribuir también al desarrollo de la jurisprudencia de tribunales nacionales en su forma de definir la reparación tanto para casos de violaciones a los derechos humanos, como eventualmente para perfeccionar su jurisprudencia respecto al derecho a la reparación en relación a otros crímenes, especialmente dada la disparidad de criterios existente en el Continente en relación a la indemnización del daño moral”⁷³⁴.

2.2. La reparación en la Convención Interamericana de Derechos Humanos⁷³⁵

La Convención Americana reguló situaciones en las que reconoce el derecho a obtener una reparación o indemnización por la violación de un derecho reconocido por la Convención, en sus artículos 10 (indem-

⁷³² Cfr. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66, y Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 159.

⁷³³ Cfr. Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú, párr. 137. Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú, párr. 159.

⁷³⁴ Cristián Correa, “Reparaciones en Perú: El largo camino entre las recomendaciones y la implementación”, publicado en www.ictj.org/es (junio de 2013).

⁷³⁵ Ampliar en Bazán, Víctor; “Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, con particular referencia al sistema interamericano”, AADI, XVIII, 2009, pág. 267 y sgtes.

nización por error judicial); 21 (derecho de propiedad) y 63.1 (sistema de reparaciones).

El Art. 10 de la CADH establece que: “Derecho a Indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”. La República Argentina efectuó una reserva, junto con declaraciones interpretativas, entre otros, del artículo ahora en estudio, donde afirmo que: “El artículo 10 debe interpretarse en el sentido de que el error judicial sea establecido por un Tribunal Nacional”.

La regulación referida al derecho de propiedad, anclada en el Art. 21 del CADH, establece en su segundo inciso que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

Finalmente, la Convención Americana en su Art. 63.1 dispuso que: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

La norma se complementa con lo dispuesto en el Art. 68 dispone que: “1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

Conforme al artículo 68.1 de la Convención Americana, es obligación del Estado cumplir con las medidas de reparación ordenadas en la sentencia dictada por la Corte. La obligación de cumplir lo dispuesto en las sentencias del Tribunal corresponde a un principio básico del Derecho Internacional Público, respaldado por su jurisprudencia, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales

internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*)⁷³⁶. Los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos⁷³⁷.

La Corte Interamericana, desde sus primeras sentencias ha desarrollado una abundante jurisprudencia mediante la cual implementó un abanico de medidas reparatorias desde una óptica distinta a la tradicional del derecho de daños, generando herramientas concretas a la hora de intentar restituir la situación al momento anterior a la afectación.

El Tribunal asumió el imperativo convencional del artículo 63 resolviendo en cada caso en el que halló violados derechos protegidos por la Convención Americana una forma concreta de reparación. Esta particularidad distinguió su actuar del de su par europea, pues la Corte Europea de Derechos Humanos reenvía al ordenamiento jurídico interno del Estado enjuiciado la determinación de las medidas de reparación, limitándose sólo a cumplir una función de homologación.

El inicio de este camino comenzó con el dictado de dos sentencias de reparaciones y costas, luego de haber condenado al Estado de Honduras por la desaparición de dos ciudadanos en sendas sentencias de fondo.

⁷³⁶ Cfr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 35; Caso Alban Cornejo Vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento. Resolución de la Corte de 27 de agosto de 2010, Considerando quinto, y Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, Supervisión de Cumplimiento. Resolución de la Corte de 1 de septiembre de 2010, Considerando quinto.

⁷³⁷ Cfr. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 37; Caso Alban Cornejo Vs. Ecuador, supra nota 9, Considerando sexto, y Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, supra nota 9, Considerando sexto.

El primero de ellos es el caso “Velázquez Rodríguez Vs. Honduras”, reparaciones y costas sentenciada el 21 de julio de 1989. Al dictar su primera sentencia reparatoria, la Corte abordó los alcances y contenidos de la justa indemnización, dejando en claro que no se utilizará el derecho interno hondureño, y estableciendo que sus fundamentos se hallan en los principios del derecho internacional, en los instrumentos internacionales de carácter universal y regional y, en especial, en el artículo 63.1 de la CADH. Así explica que la restitución plena comprende: a) el restablecimiento de la situación anterior, b) la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y c) la indemnización a fin de compensar los daños patrimoniales, los daños extra patrimoniales y el daño moral. Respecto de éste último, afirma que es resarcible según el derecho internacional y particularmente en casos de violación de derechos humanos, debiéndose ajustarse su liquidación a los principios de equidad. Agrega que la justa indemnización es compensatoria y no sancionatoria, por lo que rechaza la petición de daños punitivos.

Al momento de resolver los alcances y límites de la indemnización procedente en el caso, rechaza el pago de daño emergente y reconoce los rubros lucro cesante y daño moral en cabeza de los familiares de la víctima de la violación comprobada.

A similar decisión arribó la Corte en el caso “Godínez Cruz Vs. Honduras”, sentencia de reparaciones y costas dictada en la misma fecha y respecto de iguales violaciones respecto de otro ciudadano llevadas a cabo por el Estado hondureño. Con fecha 10 de septiembre de 1993 la Corte dictó sentencia de reparaciones y costas en el caso “Aloe-boetoe”, ampliando los fundamentos de su competencia y precisando los límites de su intervención.

En los primeros fallos reparatorio fundó la Corte la reparación en los Principios del Derecho Internacional y en el artículo 63, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, quedando fuera de las fuentes a utilizar las normas internas de los Estados referidas a su propia responsabilidad.

Dijo que “Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado “incluso una concepción general de derecho”, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo (Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, pág. 21 y Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, pág. 29; Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, pág. 184).”, agregando que “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extra patrimoniales incluyendo el daño moral.”

En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad.

La indemnización por violación de los derechos humanos encuentra fundamento en instrumentos internacionales de carácter universal y regional. El Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, ha acordado repetidamente, con base en el Protocolo Facultativo, el pago de indemnizaciones por violaciones de derechos humanos reconocidos en el Pacto (véanse por ejemplo las comunicaciones 4/1977; 6/1977; 11/1977; 132/1982; 138/1983; 147/1983; 161/1983; 188/1984; 194/1985; etc., Informes del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas). Lo propio ha hecho la Corte Europea de Derechos Humanos con base en el artículo 50 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Sostiene que ninguna parte de este artículo en aplicación hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los ins-

trumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquélla no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo. Esto implica que la Corte, para fijar la indemnización correspondiente, debe fundarse en la Convención Americana y en los principios de Derecho internacional aplicables a la materia.

Un punto de inflexión en tal jurisprudencia fue el precedente del caso *Aloeboetoe vs. Suriname*⁷³⁸ en el que entendió que: “Todo acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: causa *causae est causati*. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos”.

Agregó que el artículo 63.1 de la Convención Americana: “distingue entre la conducta que el Estado responsable de una violación debe observar desde el momento de la sentencia de la Corte y las consecuencias de la actitud del mismo Estado en el pasado, o sea, mientras duró la violación. En cuanto al futuro, el artículo 63.1 dispone que se ha de garantizar al lesionado el goce del derecho o de la libertad conculcados. Respecto del tiempo pasado, esa prescripción faculta a la Corte a imponer una reparación por las consecuencias de la violación y una justa indemnización”.

El otorgamiento de indemnizaciones es la forma más frecuente y tradicional de entender la obligación de reparar. Ella constituye la forma de reparar un daño causado, según ha dicho la Corte desde su primer fallo sobre reparaciones, particularmente respecto de atentados en contra de la vida de las personas. La indemnización del daño material y moral es entendida como una forma sustitutiva de reparación a

⁷³⁸ Corte IDH. Caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C N° 15.

favor de los familiares y dependientes de la víctima por no ser posible la *restitutio in integrum* en caso de violación de la vida. Esta forma de reparación fue la única establecida por la Corte en sus primeros años, influenciada por la tradición jurídica iusprivatista, aunque como se ha visto, posteriormente se han incorporado otras modalidades.

Es importante notar, además, que la Corte ha adoptado una serie de medidas para *proteger la integridad de las condenas de indemnización*. Para efectos de asegurar mantener su valor adquisitivo, ellas son fijadas en dólares de EE.UU., o en una cantidad equivalente en moneda nacional, precisando que el tipo de cambio debe corresponder al vigente el día anterior en la plaza de Nueva York. La Corte establece un plazo para que el Estado haga el pago, disponiendo la aplicación de intereses moratorios bancario del país, en caso de retardo. Adicionalmente, cuando ha dispuesto de medidas de reparación a favor de personas que son menores de edad, ha ordenado la creación de fideicomisos en su beneficio, fijando estándares para su seguridad e integridad. A su vez, si los beneficiarios no recibieran el pago, el Estado deberá depositarlas en una cuenta o certificado de depósito en las condiciones más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria, y al cabo de 10 años el Estado podrá reclamar su devolución. Otra protección importante es que estas cantidades deben ser pagadas íntegramente a los beneficiarios o a sus herederos, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales. Estas medidas de protección también son aplicables a la condena en costas.

2.3. Alcances de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en los ordenamientos jurídicos nacionales. El control de convencionalidad

Como cuestión general corresponde recordar que en derecho internacional público los fallos o precedentes que dicten los órganos jurisdiccionales creados por pactos o tratados firmados por Estados, no pueden generar derecho objetivo, ni aún mediante la interpretación que hagan de las fuentes que utilizan.

Este principio, según sostiene parte de la doctrina, se encuentra flexibilizado o, según algunos, desconocido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ejemplo de esta última posición es enarbollada por Alan Diego Vogelfanger, para quien la Corte Interamericana: “presenta dos características fundamentales: 1) Utiliza criterios de interpretación sumamente amplios; y 2) Con su doctrina de control de convencionalidad, hace que todas sus decisiones –sentencias, medidas provisionales, opiniones consultivas– sean obligatorias para todos los Estados que hayan ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁷³⁹.

El artículo 68. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

La Corte Interamericana entiende que la Convención debe ser interpretada de forma sumamente amplia y adecuada a los momentos históricos particulares⁷⁴⁰ y ha sostenido que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

Por otra parte, a través del control de convencionalidad, la Corte interamericana convierte en obligatorios sus estándares para todo los Estados que son parte del sistema regional de protección de derechos humanos.⁷⁴¹

El párrafo 124 del caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* explica el contenido y los alcances del control en cuestión: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces,

⁷³⁹ Vogelfanger, Alan Diego, *La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *Revista Pensar en Derecho*, p. 251.

⁷⁴⁰ OC N° 16

⁷⁴¹ Midón, Mario, *Control de convencionalidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2016; Albanese, Susana –coordinadora–, *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

Luego el Tribunal agregó que el control de convencionalidad debía realizarse de oficio. Así, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* sostuvo que: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad”⁷⁴² *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”

Por último la Corte interpretó en el Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* que la obligación de realizar el control de convencio-

⁷⁴² Cfr., en similar sentido, Caso *Almonacid Arellano* y otros, *supra* nota 3, párr. 124.

nalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.⁷⁴³

En el caso *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*⁷⁴⁴ sostuvo la Corte sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional que “si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana les compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos”.

El Tribunal ha puesto de relieve la importancia de la realización del control de convencionalidad en el ámbito interno para evitar que los Estados incurran en responsabilidad internacional, considerando que ellos son los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH ha destacado la subsidiariedad del sistema internacional (en lo contencioso) y ha dado

⁷⁴³ “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (párr. 225).

⁷⁴⁴ *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014.

cuenta de la progresiva incorporación del control por parte de la jurisprudencia constitucional comparada.

En cuanto a la complementariedad de la jurisdicción interamericana en materia de reparación de violaciones a la Convención Americana, en el caso “Masacre de Santo Domingo”⁷⁴⁵, dijo: “La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”.

Agregó el Tribunal que: “Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en

⁷⁴⁵ CorteIDH, caso “Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia”, 30/11/2012.

que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad”.

2.4. Diferenciación de partes y materia en las jurisdicciones internacional e interna

Como vimos, el sistema interamericano de protección actúa, una vez que en el ámbito nacional se desarrollaron diversos procesos judiciales y administrativos que, si bien dependen de la normativa de cada Estado, pueden ser clasificados genéricamente en Justicia Penal, Justicia Militar, Jurisdicción Disciplinaria, Justicia ordinaria no penal (civil, laboral, contencioso administrativa, fiscal, etc.).

¿La relación que existe en la competencia de la Corte Interamericana con cada uno de los procesos judiciales internos es la misma?

Entendemos que no, si bien el principio de subsidiariedad del sistema vincula a la intervención de la Corte con todos los procesos judiciales, la posibilidad de introducirse en la competencia nacional es limitada y varía de acuerdo al tipo de juicio y finalmente, se define por la propia competencia de la jurisdicción interamericana de derechos humanos.

Resulta claro que, por ejemplo, en materia penal, la intervención del sistema interamericano mal podría pretender revocar una sentencia condenatoria o modificar los alcances de ese tipo de decisión judicial. Es por ello que, tratándose en la mayoría de los casos que llegan a la Corte Interamericana de situaciones en las que las violaciones a los derechos humanos se encuentran perpetradas en violación a la ley penal, los alcances reparatorios en esta sede internacional suelen condenar a los Estados a investigar los hechos e identificar y –en su caso– juzgar y sancionar a todos los responsables.

Así la Corte destaca el carácter objetivo de la responsabilidad internacional, en la que se condena al Estado y no a los agentes que integran cualquiera de sus poderes u órganos que –más allá que éstos sean quien en su nombre– violan los derechos humanos de las víctimas. Por ello la revisión o valoración de la actividad punitiva llevada a cabo por el Estado en el ámbito nacional, ya sea a través de la justicia penal o la disciplinaria, no es competencia del tribunal interamericano no siendo entonces objeto de la controversia internacional la investigación y sanción de las conductas individuales de los agentes públicos.

Con estos precisos alcances, y –entendemos– haciendo sólo referencia a los mecanismos punitivos nacionales, afirma el tribunal que: “En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna.” Esta misma frase, que divide aguas entre los sistemas judiciales internos y el internacional, fue utilizada en dos precedentes en los que, sin duda alguna, tal cuestión estaba referida a procesos penales (Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador –01/03/05– y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú –08/07/04–).

Luego, concluye el párrafo en cuestión afirmando que –en el análisis sobre la violación de los artículos 8.1 y 25 de la CADH– en las causas penales del orden interno no se revisa la existencia de condena, sino si se garantizó el acceso a la justicia.

¿Sucedre lo mismo con los procesos judiciales internos en los que se juzga la responsabilidad del Estado por la violación de derechos fundamentales de personas físicas?

En materia de responsabilidad del Estado –ya sea competencia atribuida por cada Estado a la justicia civil ordinaria o a la justicia contencioso administrativa⁷⁴⁶–, siempre que se trate de una violación de derechos humanos fundamentales –perpetrados por una actuación

⁷⁴⁶ González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

ilegal de la administración pública que genera un determinado daño a una persona física– la competencia material coincidiría con la otorgada por el sistema interamericano a la Corte IDH. Quedan por fuera de esta superposición de competencias, los casos en los que se trata de una responsabilidad pública por actividad legítima, así como las causas en las que los afectados sean personas jurídicas y no físicas. Ambas situaciones exceden la competencia del tribunal interamericano de derechos humanos.

Como veremos al desarrollar la jurisprudencia objeto de este trabajo, la Corte IDH en un comienzo no analizó la intervención ni el funcionamiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa colombiana, más adelante lo hizo sólo a través de los parámetros de los artículos 8.1 y 25 de la CADH–, y finalmente se introdujo en el análisis de lo resuelto en los procesos de responsabilidad del estado tramitados en sede nacional.

Surge la siguiente pregunta ¿Respecto de éstos procesos internos de reparación por daños –generados por la violación de derechos fundamentales– es aplicable la distinción, en cuanto a las partes y materia de la controversia, que hace la Corte entre la jurisdicción internacional y la interna respecto de la justicia penal y disciplinaria?

Como veremos en los puntos siguientes, la Corte volvió a utilizar esta premisa divisoria respecto de los procesos internos de responsabilidad del Estado, en la sentencia dictada en la “Masacre de Mapiripán”, no volviendo a reiterar dicho argumento en los casos posteriores, en los que sí se introdujo a analizar lo actuado en sede interna por la justicia contencioso administrativa.

Así la Corte reiteró lo dicho en 19 Comerciantes –con algunas modificaciones– en la causa “Masacre de Mapiripán”, en la que –como veremos más adelante– los familiares de las víctimas iniciaron en sede nacional juicios reparatorios ante la jurisdicción contencioso administrativa, arribando a acuerdos indemnizatorios con el Estado, homologados judicialmente;

“La Corte recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre). En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna. Al establecer la responsabilidad internacional del Estado con motivo de la violación a los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o se llegó a acuerdos conciliatorios por responsabilidad administrativa o civil de un órgano estatal, en relación con las violaciones cometidas en perjuicio de los familiares de algunas víctimas de los hechos de Mapi-ripán, sino si los procesos internos permitieron que se garantizara un verdadero acceso a la justicia conforme a los estándares previstos en la Convención Americana. “

De haberse sostenido este argumento, según el cual no es competencia de la Corte revisar si en el ámbito interno se emitieron sentencias o se llegó a acuerdos conciliatorios por responsabilidad administrativa o civil del Estado, la Corte no hubiera podido valorar las sentencias reparatorias, analizando su razonabilidad y objetividad, ni –mucho menos– complementar aquellas decisiones de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana que indemnizaban parcialmente a las víctimas o sus familiares, no constituyendo tales decisiones reparaciones integrales de la violación de derechos reconocidos en la Convención Americana.

Entendemos que, del desarrollo jurisprudencial que veremos en los siguientes puntos del presente trabajo, se desprende que –en principio– la Corte IDH habría dejado atrás la distinción de partes y materia de la controversia para los casos de responsabilidad del Estado por violación de derechos humanos, reservando tal criterio divisor para la justicia penal y disciplinaria interna.

3. Ordenamiento Jurídico Colombiano

Antes de ingresar al estudio y desarrollo de la jurisprudencia interamericana en estos casos, haremos una breve descripción del funcionamiento de la Justicia Contencioso Administrativa en Colombia.

3.1. Incorporación de las fuentes internacionales de Derechos Humanos al ordenamiento jurídico interno

El Estado colombiano se hizo parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 31 de julio de 1973. Posteriormente, el 21 de junio de 1985 aceptó la competencia contenciosa de la Corte sin reserva alguna, para que esta conociera y se pronunciara sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación del Pacto de San José de Costa Rica. Desde ese momento, el Estado colombiano ha reconocido su obligación de cumplir las sentencias de la Corte IDH. Así la Corte Constitucional ha reafirmado en distintas sentencias el carácter vinculante de las decisiones de la Corte IDH.

Actualmente, tanto la doctrina como los criterios judiciales reconocen la existencia de una obligación constitucional de tener en cuenta la jurisprudencia internacional, utilizando como fuente para ello lo establecido en los artículos 93 y 94 de la Constitución Colombiana de 1991⁷⁴⁷. El primero de ellos dispone que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Por su parte el artículo 94 establece que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigen-

⁷⁴⁷ José Antonio Rengifo (comp.), *Derecho internacional de los derechos humanos y sistemas internos de protección y reparación*, Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores y Universidad Nacional de Colombia, 2008, pp. 407-472.

tes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

La Corte Constitucional colombiana estableció –según lo dispone el artículo 93 de la Carta Política– que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el ordenamiento jurídico interno.⁷⁴⁸ Así entendió que “El artículo 93 superior prescribe que los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Ahora bien, si un tratado internacional obligatorio para Colombia y referente a derechos y deberes consagrados en la Constitución prevé la existencia de un órgano autorizado para interpretarlo, como sucede por ejemplo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, su jurisprudencia resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno. Por ello, esta Corte ha reconocido relevancia jurídica a la jurisprudencia de los órganos judiciales creados mediante convenios sobre derechos humanos ratificados por Colombia”⁷⁴⁹.

El Consejo de Estado, por su parte, afirma que los lineamientos que se trazan en los fallos de la Corte Interamericana deben ser tenidos en cuenta por los diferentes operadores jurídicos de los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁷⁵⁰

3. 2. La responsabilidad estatal en el sistema jurídico colombiano

La Constitución Política de Colombia de 1991 estableció en su artículo 90 que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la repa-

⁷⁴⁸ Corte Constitucional, sentencias C-225 de 1995 y C-582 de 1999

⁷⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-370/2006.

⁷⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, Expte. 26.036, Auto del 22 de febrero de 2007.

ración patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Esta norma constitucional es interpretada por Fernando Arias García quien entendió que: “Si bien el art. 90 de la C.P. hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios, aparentemente dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que en forma previa a la Constitución de 1991 ha decantado el Consejo de Estado.”⁷⁵¹

3.3. La Jurisdicción Contencioso Administrativa de Colombia⁷⁵²

La justicia contencioso administrativa de Colombia, entre los tres modelos tradicionales de control jurisdiccional de la actividad e inactividad administrativa –administrativo, judicialista o mixto–, en sus orígenes optó por el primero, tomando como inspiración el sistema administrativo francés en el que la resolución de los conflictos jurídicos en los que la administración es parte son resueltos por un órgano con funciones jurisdiccionales de la propia administración pública.⁷⁵³ Así, entre las características de los sistemas de justicia administrativa con tribunales establecidos bajo el modelo administrativo de jurisdicción delegada, se encuentra su pertenencia a la Administración, aunque actúan separados de la administración activa, la ausencia de toda vinculación con el Poder Judicial y el hecho de que gozan de una

⁷⁵¹ Arias García, Fernando, Estudios de Derecho Procesal Administrativo. Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2013.

⁷⁵² Cifuentes Muñoz, Eduardo, La Jurisdicción constitucional en Colombia, en la obra “La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”, coordinado por García Belaunde, D y Fernández Segado, F, Dykinson, S. L., Madrid, 1997, p. 468.

⁷⁵³ Tawil, Guido S, Administración y Justicia, p. 55; “Mediante él se reconoció la existencia, dentro del ámbito de la propia Administración, de una jurisdicción contenciosa-administrativa independiente del Poder Judicial.”

competencia establecida por el sistema de cláusula general actuando como tribunales de derecho común en materia administrativa. La Constitución de Colombia de 1991, incluyó al Consejo de Estado como parte del poder judicial (artículo 116⁷⁵⁴), al igual que el resto de los órganos integrantes de la jurisdicción contencioso administrativa (artículos 236 a 238⁷⁵⁵).

Los órganos judiciales que encarnan la jurisdicción contenciosa administrativa en Colombia son el Consejo de Estado, en el ámbi-

⁷⁵⁴ **Artículo 116.** La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

⁷⁵⁵ **Capítulo 3. De la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Artículo 236.** El Consejo de Estado tendrá el número impar de Magistrados que determine la ley. El Consejo se dividirá en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley. La ley señalará las funciones de cada una de las salas y secciones, el número de magistrados que deban integrarlas y su organización interna. **Artículo 237.** Son atribuciones del Consejo de Estado: 1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley. 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. 3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen. En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado. 4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley. 5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley. 6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley. 7. Conocer de la acción de nulidad electoral con sujeción a las reglas de competencia establecidas en la ley. Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral. **Artículo 238.** La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

to nacional, y los tribunales y jueces administrativos, en los órdenes seccional y local.⁷⁵⁶

En la historia de la jurisdicción administrativa colombiana –en tanto jurisdicción especializada– se sancionaron cuatro códigos contencioso administrativos: la ley 130 de 1913, la ley 167 de 1941, el decreto ley 1 de 1984 y la ley 1437 de 2011, ésta última entró en vigencia el 2 de julio de 2012.

Según lo sostiene la doctrina, la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana fue instituida para el control de la actividad que, en cumplimiento de la función administrativa corresponde a la Administración, ya sea realizada por los órganos del Estado o por particulares a los que se les haya autorizado el cumplimiento de la norma. En ese marco, las acciones contencioso administrativas permiten el control de toda la actividad de la Administración desarrollada mediante actos, hechos, omisiones u operaciones administrativas, con el objeto de eliminar del ordenamiento jurídico aquellos actos de la Administración expedidos con su violación y el resarcimiento de los perjuicios, en los eventos que esa actividad haya causado en desmedro patrimonial al administrado. Procede la acción para obtener también directamente la indemnización de perjuicios cuando un hecho, una omisión o una operación administrativa haya sido la causa del daño.⁷⁵⁷

Las acciones contenciosas en Colombia se clasifican en aquellas tradicionales (acción de nulidad objetiva; acción de nulidad y restablecimiento del derecho; acción de reparación directa, acción de controversias contractuales, acción electoral, acción de nulidad de cartas de naturaleza y acción de definición de competencias administrativas) y las establecidas en la Constitución de 1991 (acción de tutela; acción de

⁷⁵⁶ Rodríguez Rodríguez, Libardo, *Derecho Administrativo general y colombiano*, 18ª ed, Editorial Temis, Bogotá, 2013.

⁷⁵⁷ Palacio Hincapié, Juan Ángel, *Derecho Procesal Administrativo*, Librería Jurídica Sanchez R. Ltda., Medellín, 2008.

cumplimiento; acción de pérdida de investidura; acción de repetición, acciones populares y acciones de grupo o clase).⁷⁵⁸

En lo que aquí interesa los procesos ante la justicia administrativa que fueron objeto de tratamiento por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tramitaron con la pretensión o acción de reparación directa, por lo que describiremos brevemente sus características principales.

La **acción de reparación directa** posibilita que la persona que haya recibido un daño o perjuicio en desarrollo de la actividad estatal, ya sea originada en un hecho, una omisión o en una operación administrativa, pueda acudir directamente ante la jurisdicción contenciosa para obtener el resarcimiento, sin necesidad de agotar previamente la instancia administrativa o vía gubernativa. La pretensión tiene la finalidad primera de declarar la responsabilidad administrativa del Estado y, como consecuencia de ello, la condena a pagar los perjuicios, ya sean materiales y/o morales.

Corresponde aclarar que cuando el daño proviene de un acto viciado por algún tipo de ilegalidad procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de reparación directa pues una y otra acción se origina en causas o conductas distintas y persiguen objetos diferentes. Ha dicho el Consejo de Estado que: “La causa que origina la acción de nulidad y restablecimiento es un acto administrativo que el demandante considere ilegal; persigue (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado... Las causas que pueden motivar el ejercicio de la acción de reparación directa son variadas: 1) un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa, 2) la condena o la conciliación por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso y/o 3) las conductas materiales pro-

⁷⁵⁸ Palacio Hincapié, Juan Ángel, *Derecho Procesal Administrativo*, Librería Jurídica Sanchez R. Ltda., Medellín, 2008, p. 213.

venientes de los particulares que le causan daños a la Administración. Y el objeto de tal mecanismo judicial de defensa busca la declaratoria de responsabilidad extracontractual y la consecuente reparación del daño causado”⁷⁵⁹

El vigente código contencioso administrativo regula la acción de reparación directa en su artículo 140, que dispone lo siguiente: “Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública. En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.”⁷⁶⁰

El proceso contencioso administrativo se caracteriza por permitir la conciliación en aquellas causas cuya pretensión es la reparación directa, como modio de solución del conflicto entre las partes. Así lo establece el artículo 59 de la ley 446 de 1988 y el artículo 37 de la ley 640 de 2002. En opinión de Palacio Hincapié “El mecanismo de la conciliación ha permitido que las entidades públicas puedan entrar a reconocer los

⁷⁵⁹ Consejo de Estado. Secc. 3. Radicación número: 66001-13-31-000-2003-00646-01 (26093).

⁷⁶⁰ Ampliar en Arboleda Perdomo, Enrique José; Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo, Editorial Legis, Bogotá, 2013

perjuicios causados con sus hechos, omisiones y operaciones administrativas, dando oportuna solución a los intereses afectados de los particulares y de paso, logrando el pago de una suma inferior a la que estaría obligada en el evento de adelantar un proceso”⁷⁶¹.

Según explica Rodrigo Escobar Gil, la doctrina colombiana ha prohibido unánimemente esta tendencia positiva, admitiendo sin discusión, la posibilidad de autocomposición en el contencioso de responsabilidad civil por versar sobre derechos transigibles⁷⁶². Explica además los motivos de la posibilidad de conciliar en este tipo de procesos y una de sus consecuencias –que reviste interés para el presente estudio– que es la omisión del dictado de una declaración judicial que establezca que la actividad dañosa del Estado es antijurídica.⁷⁶³

Antes de concluir la presente descripción quisiéramos destacar la especial regulación de las **acciones de grupo o clase**, establecida en el artículo 88 de la Constitución colombiana, que dispuso que la ley regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares, disposición cumplida por el poder legislativo mediante la san-

⁷⁶¹ Palacio Hincapié, ob. cit., p 519.

⁷⁶² Refiere a la opinión de Morales Medina, H, El Proceso Contencioso Administrativo y su Composición en el Proceso Civil, en Derecho Procesal Administrativo, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980, p. 91.

⁷⁶³ Escobar Gil, Rodrigo, La conciliación en el Proceso Contencioso Administrativo, en la obra La Protección Jurídica del Ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Coordinador Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Editorial Cívitas, Madrid, 1993 Tomo III, p. 2445. Dice: “ Precisamente en el ámbito del proceso contencioso-administrativo, donde se presenta una mayor necesidad de reglamentar la institución conciliatoria, es en el campo concerniente a las pretensiones contractuales y de responsabilidad civil, por ser las materias que originan el más alto volumen de conflictos jurídicos y de congestión de los tribunales, en razón, a que la consecuencia del creciente intervencionismo del Estado en la sociedad moderna ha sido un aumento cuantitativo y cualitativo de los daños sufridos por los particulares, los que han reclamado del Estado de Derecho una garantía integral a su patrimonio, y al acudir a la justicia administrativa no les interesa obtener una declaración en el sentido que la actuación de los entes públicos es antijurídica, sino fundamentalmente, que se les repare las lesiones padecidas en su esfera jurídica.”, p. 2461.

ción de la ley 472 de 1998. La jurisdicción y competencia en este tipo de acciones corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa cuando se trate de procesos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, ello según disponen los artículos 50 y 51 de la Ley 472 de 1998.

Explica Palacio Hincapié que “De conformidad con el artículo 3º y 46 de la Ley 472 de 1998, las Acciones de Grupo o Clase están establecidas para obtener, exclusivamente, el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios que se hayan ocasionado a un conjunto de personas, no menor de 20, que en forma individual los han recibido bajo unas mismas condiciones e iguales causas. Esas condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad”⁷⁶⁴

3.4. Opinión de los peritos en la causa Masacre de Ituango (abogados Rodrigo Uprimny Yepes y Hernando Torres Corredor)

En el caso de la Masacre de Ituango, la Corte recibió el informe pericial del abogado constitucionalista Rodrigo Uprimny Yepes quien describió el funcionamiento de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia y clasificó las dificultades procesales y estructurales de la justicia para permitir una efectiva protección y reparación interna de las violaciones del Estado de derechos humanos de la población.

Así, en cuanto a las pretensiones contencioso administrativas dijo que: “En la jurisdicción contencioso administrativa de Colombia existe la posibilidad de interponer diferentes acciones, las más importantes son: la acción de nulidad, la acción de nulidad y restablecimiento, así como la acción de reparación directa. Por medio de la “acción de nulidad” se puede pedir la anulación de un acto administrativo por distintos factores establecidos en la ley. Esta acción pública ciudadana no tiene término de caducidad. La “acción de nulidad y restablecimiento” es aquella por medio de la cual un particular afectado puede solicitar no sólo la anulación

⁷⁶⁴ Palacio Hincapié, ob. cit., p. 519.

del acto administrativo, sino el restablecimiento en su derecho y eventualmente una reparación. Esta acción expira a los cuatro meses a partir de la notificación del correspondiente acto administrativo. A través de la acción de “reparación directa” una persona puede demandar al Estado ante la jurisdicción contenciosa administrativa con el fin de obtener una declaración de responsabilidad por un daño antijurídico que la víctima no tiene por qué soportar y una orden de reparación consistente en una indemnización monetaria. La acción que parecería idónea para ser planteada frente a los acontecimientos que se analizan en el presente caso es la “acción de reparación directa”, la cual tiene un término de caducidad de dos años a partir de la ocurrencia de los hechos.

En cuanto a relación entre la jurisdicción interna y la internacional sostuvo que: “La jurisdicción contenciosa administrativa ha tenido algunos “logros” en materias relacionadas con derechos humanos. Existe “cierta similitud entre la jurisdicción contenciosa administrativa y la jurisdicción internacional en derechos humanos”. Sin embargo, el recurso contencioso administrativo de reparación directa “no es un sustituto idóneo” de la jurisdicción internacional de los derechos humanos, pues tiene obvias limitaciones debido a su naturaleza, reglamentación y limitaciones fácticas funcionales.”, concluyendo que “Si bien podría existir una complementariedad entre la instancia internacional en materia de derechos humanos y la jurisdicción contenciosa administrativa, en el entendido de que una reparación monetaria otorgada a una víctima en el ámbito interno podría ser tomada en cuenta por la instancia internacional y evitar así un doble pago de indemnización, esa complementariedad no convierte a la acción de reparación “en una acción idónea para la reparación integral de graves violaciones de derechos humanos” y, por lo tanto, “no constituiría un recurso judicial a ser agotado”.

En su informe describe las siguientes cuatro limitaciones jurídicas y reglamentarias del proceso contencioso administrativo:

La primera de estas limitaciones se refiere al fundamento de la declaración de responsabilidad en la jurisdicción contenciosa adminis-

trativa. Este fundamento es limitado, pues en dicha jurisdicción no se “examina obligatoriamente el cumplimiento de los estándares y obligaciones internacionales de derechos humanos”. Por el contrario, en el proceso contencioso administrativo se determina si “hay un daño que es imputable al Estado y, conforme a la Constitución, si ese daño es antijurídico, pero la noción de daño antijurídico no quiere decir daño derivado de una acción antijurídica del Estado, sino daño que la víctima no tiene por qué soportar, venga este daño de una acción jurídica o de una acción antijurídica del Estado”. Ello es distinto a cuando se declara la ruptura de una obligación en materia de derechos humanos. Incluso cuando el Consejo de Estado en una sentencia declara a la Nación responsable por la muerte de determinada persona, no puede entenderse que es una declaración de responsabilidad del Estado por violar el derecho a la vida, pues, por ejemplo, puede tratarse de un desafortunado accidente de tránsito, en donde el Estado debe reparar pero no hay un sentido estricto de violación al derecho a la vida. Se declara la responsabilidad del Estado por la muerte, pero no por la “violación de determinada cláusula de la Constitución o determinada cláusula de los Tratados de Derechos Humanos”.

La segunda limitación hace referencia al significado simbólico y la función jurídica específica de la declaración de responsabilidad en la jurisdicción contenciosa administrativa. En cuanto al significado simbólico de dicha declaración, una de las satisfacciones que las víctimas buscan en las instancias internacionales de derechos humanos es precisamente que surja el reconocimiento de la responsabilidad del Estado. Lo anterior no sucede en la jurisdicción contenciosa administrativa, pues la declaración de responsabilidad se desvaloriza ya que no es obligatoriamente un reproche en derechos humanos ni una rehabilitación de las víctimas, sino la constatación de la ocurrencia de un daño antijurídico que debe ser reparado. De esta manera queda en el mismo punto una declaración porque ocurrió un accidente imputable a un auto de la administración y una declaración de responsabilidad del Estado por una desaparición forzada. En relación con la función jurídica específica

de la referida declaración de responsabilidad, a diferencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, el Consejo de Estado no establece los alcances de las obligaciones del Estado “para orientar en su accionar futuro”.

Una tercera limitación tiene que ver con el tipo de remedio judicial que establece la jurisdicción contenciosa administrativa cuando declara la responsabilidad del Estado por un daño antijurídico: la indemnización monetaria. Este tipo de reparación es limitada frente a la noción de reparación prevista en el derecho internacional que no sólo supone la indemnización, sino también la restitución, la reparación, la rehabilitación y la garantía de no repetición.

Una cuarta limitación tiene relación específica con las garantías de no repetición, pues la jurisdicción contenciosa administrativa no establece medidas para tal efecto, por lo cual difícilmente puede ser considerada como una instancia que logre apropiadamente ese tipo de garantías. A través de esta jurisdicción no es posible que se ordene reabrir una investigación disciplinaria.

En cuanto a las limitaciones fácticas funcionales –estructura judicial– destaca dos limitaciones vinculadas con el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa y a la duración de los procesos. Dice: “Por último, a las anteriores limitaciones sobre la naturaleza jurídica y la reglamentación del proceso contencioso administrativo habría que agregar unas “limitaciones fácticas funcionales” relativas a los problemas de “acceso” y los de “congestión y morosidad”. En cuanto al acceso, la acción de reparación nunca es oficiosa, debe ser presentada por medio de un abogado y ante determinado distrito, que sólo opera en las capitales departamentales, “muchas veces muy lejos de donde ocurren las más graves violaciones de derechos humanos en Colombia”. Además, el Estado no cuenta con jueces administrativos, los cuales “están en la ley, pero no han sido implementados”. Si bien existe la Defensoría Pública, la cual opera para suministrar abogados a los acusados de escasos recursos en los procesos penales, no existe asistencia judicial por parte del Estado a víctimas de escasos recursos para que puedan

eventualmente presentar una acción de reparación directa. En cuanto a los problemas de congestión y morosidad, surge del propio informe del Consejo Superior de la Judicatura que, en promedio, los casos ante la jurisdicción contenciosa administrativa duran aproximadamente trece años en ser resueltos de manera definitiva.”

Concluye que: “A pesar de que la acción de reparación directa ante la jurisdicción contenciosa administrativa cumple una función democrática importante en la sociedad colombiana, que es la de una especie de seguro colectivo por daños, centrados en la indemnización monetaria, siendo esto muy importante para paliar, a veces, la falta de justicia en violaciones de derechos humanos, ello no hace de dicha acción un mecanismo idóneo para reparar las graves violaciones de derechos humanos en los términos que lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia internacional en la materia. En Colombia se puede conciliar dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa, pero si frente a los estándares de derechos humanos ya es precario, en términos de remedio judicial, una simple declaración de responsabilidad extracontractual del Estado como satisfacción a las víctimas, resulta más precario aún una audiencia de conciliación y el valor simbólico de una declaración de responsabilidad derivada de ésta. El instrumento idóneo para garantizar la reparación integral en Colombia, incluyendo el deber de investigar y sancionar a los responsables en el caso de violaciones de derechos humanos, cumpliendo con la garantía de no repetición, es la jurisdicción penal, pues en caso de recurrir únicamente a la jurisdicción contenciosa administrativa podría llegarse al “efecto perverso de una especie de rutinización de los costos de las violaciones de derechos humanos”.

Por su parte, Hernando Torres Corredor, en la misma causa actuando como perito propuesto por el Estado explicó que “En relación con la jurisdicción contenciosa administrativa, ésta es colectiva y está integrada por un Consejo de Estado que tiene tres salas, una sala general, una sala contenciosa administrativo, y una sala de consulta y servicio civil. Ante dicha jurisdicción se pueden ejercer las siguientes acciones:

de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y la contractual. Al referirse al plazo razonable en esta jurisdicción es importante tomar en cuenta la carga laboral que tienen los magistrados de los tribunales administrativos. El mecanismo de la conciliación, como método alternativo para solución de controversias, ha facilitado de alguna manera un camino exitoso frente a la gran congestión. La conciliación incluso está consagrada no solamente en lo contencioso, sino en lo penal. Tratándose de derechos humanos se precisa que la conciliación tiene efecto de cosa juzgada.”

Agregó que “En cuanto a las decisiones en materia de reparación directa por daño antijurídico, los jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa tienen algunas barreras en relación con la legislación actual para fallar más allá del marco de las pretensiones que les han sido formuladas, pero la jurisprudencia está abriendo el camino. Por medio de la acción de reparación directa se pueden ordenar reparaciones no pecuniarias, de acuerdo con el mandato constitucional, atendiendo a los parámetros de la legislación internacional de reparación integral del daño. El perito no tiene conocimiento de alguna sentencia del Consejo de Estado en la que se ordene la investigación, juzgamiento y sanción de responsables de una violación de derechos humanos. La duración media de la acción de reparación directa es entre cinco y siete años. En segunda instancia un proceso puede demorar, en promedio, entre cuatro y ocho años. Debido a la magnitud de la mora judicial, el Consejo de Estado tiene una Comisión Legislativa que está revisando el Código Contencioso Administrativo. Los tribunales contenciosos administrativos a través de la acción contenciosa administrativa de reparación directa no pueden disponer la no repetición de las conductas que violan los derechos humanos, la persecución penal de los infractores o, entre otras medidas de reparación no pecuniaria, la erección de monumentos. Sin embargo, el perito considera que el escenario jurídico está dado para esa ruta, pero aún no ha ocurrido en ninguna oportunidad.”

4. La jurisprudencia de la Corte IDH

En los nueve casos⁷⁶⁵ en que la Corte analizó procesos contencioso administrativos en los que los actores iniciaron acciones su valoración sobre la posibilidad de alcanzar algún tipo de reparación en sede interna, pueden identificarse tres etapas; la primera en la que el tribunal simplemente describe dentro de los procesos internos la iniciación de acciones ante la justicia contencioso administrativa, la segunda en la que valora negativamente la intervención de la justicia administrativa y la tercera en la que reconoce lo resuelto por la justicia colombiana y revisa y complementa el rubro reparaciones.

4.1. Primera etapa jurisprudencial: Irrelevancia de los procesos contencioso administrativos internos

En el precedente 19 Comerciantes Vs. Colombia⁷⁶⁶ la Corte abordó una causa originada por la detención, desaparición y ejecución el 6 de octubre de 1987 de 19 comerciantes en el municipio de Puerto Boya-

⁷⁶⁵ Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia (5/07/04); Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. 15/09/05; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. 31/01/06; Caso de la Masacre de Ituango Vs. Colombia. 1/07/06; Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. 11/05/07; Valle Jaramillo Vs. Colombia. 27/11/08; Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. 26/05/10; Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. 30/11/12. 9. Rodríguez Vera y Otro (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. 14/11/14

⁷⁶⁶ Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109. Los hechos del presente caso ocurrieron el 7 de octubre de 1987 cuando miembros de un grupo paramilitar que operaba en el Municipio de Puerto Boyacá detuvieron a 17 comerciantes, presuntamente por sus relaciones con grupos guerrilleros. Los comerciantes se dedicaban a actividades comerciales, tales como transporte de mercaderías o de personas, o compra y venta de mercancías en la frontera colombo-venezolana. Luego de su detención, fueron asesinados y descuartizados por lo que lanzaron sus cuerpos a un río. Dos semanas después de ocurridos los hechos, otros dos comerciantes fueron en búsqueda de los desaparecidos. Igualmente fueron detenidos y asesinados por el grupo paramilitar. Ante la desaparición de los 19 comerciantes, sus familiares interpusieron una serie de recursos legales a fin de localizarlos. No obstante, no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionó a los responsables de los hechos.

cá sentenciando que el Estado violó, en perjuicio de las víctimas y sus familiares, los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

En vinculación con las actuaciones y los procesos judiciales internos destaca la Corte que como resultado de los hechos del caso, en Colombia se iniciaron varios procesos judiciales, recordando que de los antecedentes surge que en 1997 y 1998 fueron interpuestas 17 demandas de reparación directa ante el Tribunal Administrativo de Santander contra el Estado por los familiares de las víctimas y se encontraban en trámite diversas demandas de reparación directa que fueron planteadas por familiares de 14 de las víctimas entre 1997 y 1998 ante el Tribunal Administrativo de Santander. Al momento de proyectar sentencia la Corte Interamericana las demandas de reparación directa ante la jurisdicción contencioso administrativa fueron acumuladas en un solo proceso y al 3 de mayo de 2004 se encontraba pendiente de proferir auto que corriera traslado para alegaciones de conclusión.

En el análisis de la violación de los Artículos 8.1 y 25 en relación con el artículo 1.1 de la CADH, se observa que la Comisión no alegó violación de tales normas por partes de los procesos contencioso administrativos en trámite, aunque entre los alegatos del Estado se encuentra una mención especial a dichos juicios internos de reparación de daños.⁷⁶⁷ Manifestó la Corte en relación con las causas contencioso administrativas en trámite que “en estos procesos no se han emitido

⁷⁶⁷ En el párr. 158 de la Sentencia se lee que el Estado manifestó que: “ante el Tribunal Administrativo de Santander, con sede en Bucaramanga, se encuentran pendientes diecisiete procesos contencioso administrativos en vía de acción ordinaria de reparación directa. Tales procesos tienen como pretensión general que el tribunal declare que “la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, es responsable administrativamente de todos los daños y perjuicios [,] tanto morales como materiales[,] ocasionados por la desaparición de [...] causados a los siguientes familiares [...]”. La jurisprudencia colombiana reconoce en vía declarativa la responsabilidad estatal soportada en los diferentes regímenes, ya sea por falla probada del servicio o por falla presunta u objetiva, y ordena el pago de indemnizaciones a las víctimas sobrevivientes y a sus familiares por concepto de los perjuicios morales, materiales y fisiológicos ocasionados por los hechos objeto de la responsabilidad estatal declarada.”

sentencias ni se ha proferido auto de traslado para alegaciones de conclusión (supra párr. 91). La Corte hace notar que han transcurrido aproximadamente siete años desde que tales demandas fueron interpuestas y que a la fecha de la presente Sentencia no han sido resueltas por el referido tribunal administrativo.”⁷⁶⁸

Así el tribunal consideró al respecto:

181. La Corte recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre), y que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna. Como lo ha señalado en otras ocasiones, en el presente caso la Corte tiene atribuciones, no para investigar y sancionar la conducta individual de los agentes del Estado que hubiesen participado en las violaciones, sino para establecer la responsabilidad internacional del Estado con motivo de la violación a los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana. En este caso, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias condenatorias por las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes, sino si los procesos internos permitieron que se garantizara un acceso a la justicia conforme a los estándares previstos en la Convención Americana.

Más adelante sostiene la Corte que el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 25.1 de la misma, confiere a

⁷⁶⁸ Parr. 179.

los familiares de las víctimas el derecho a que “se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido”⁷⁶⁹.

En este primer fallo, el Tribunal no revisa ni cuestiona la actuación de la jurisdicción contencioso administrativa interna, evidenciando su irrelevancia para la resolución del caso.

4.2. Segunda etapa jurisprudencial: la Justicia Contencioso Administrativa no constituye *per se* un recurso efectivo y adecuado de reparación integral⁷⁷⁰

La relación existente entre la jurisdicción interamericana y la justicia nacional no penal durante la segunda etapa jurisprudencial en estudio fue descrita por Hitters y Fappiano quienes afirmaron descriptivamente que las decisiones adoptadas por los tribunales contencioso administrativos, aunque otorguen indemnizaciones a las víctimas o a sus familiares, no contienen una manifestación de responsabilidad estatal por la violación de derechos consagrados en la Convención, no abarcan aspectos relativos a la rehabilitación, la verdad, la justicia y el rescate de la memoria histórica, así como tampoco medidas de garantía de no repetición.⁷⁷¹

Agregan que la Corte Interamericana se expidió con relación a los procesos contencioso administrativos promovidos para reparar a las víctimas de los daños patrimoniales y morales derivados de los hechos violatorios de los derechos humanos entablados, sosteniendo que no

⁷⁶⁹ Parr. 187.

⁷⁷⁰ Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. 15/09/05; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. 31/01/06; Caso de la Masacre de Ituango Vs. Colombia. 1/07/06; Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. 11/05/07; Valle Jaramillo Vs. Colombia. 27/11/08. Esta etapa fue analizada por Ferreira Rojas, Felipe y Mariño Rivera, Isabella, Avances de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana: Hacia el reconocimiento de medidas de reparación integral a favor de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Debate Interamericano, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Vol. 1, Bogotá, pp. 15-82.

⁷⁷¹ Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar I; Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ediar, Buenos Aires, 2007

constituye per se un recurso efectivo y adecuado para reparar en forma integral esas violaciones⁷⁷².

En efecto, la Corte abordó en varias de sus sentencias –que aquí veremos– los procesos internos tramitados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa colombiana en los que las víctimas o sus familiares demandaron al Estado con una pretensión de reparación directa por los daños y perjuicios provocados por la violación de derechos fundamentales garantizados también en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Con el caso Masacre de Mapiripán⁷⁷³, se inicia entonces esta nueva etapa en la jurisprudencia de la Corte interamericana en la que el tribunal se encuentra con procesos internos en la jurisdicción contencioso administrativa en los que, mediante sentencia o acuerdos entre partes homologados judicialmente, se dispuso una reparación a través del pago de un monto indemnizatorio en virtud de la declaración judicial de responsabilidad administrativa del Estado. Continúa y se desarrolla en los precedentes Masacre de Pueblo Bello, Masacre de Ituango, Masacre de la Rochela, finalizando en el caso Valle Jaramillo.

El tribunal estableció criterios para evaluar la efectividad de la justicia contencioso administrativa, describió su intervención como parcial o incompleta (por reparar únicamente mediante el pago de una indemnización).

⁷⁷² Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar I; Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ediar, Buenos Aires, 2007

⁷⁷³ Los hechos del presente caso se iniciaron el 12 de julio de 1997 cuando un centenar de miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) aterrizaron en el aeropuerto de San José de Guaviare en vuelos irregulares y fueron recogidos por miembros del Ejército sin exigirles ningún tipo de control. El Ejército colombiano facilitó el transporte de los paramilitares hasta la localidad de Mapiripán. El 15 de julio de 1997, más de cien hombres armados rodearon Mapiripán por vía terrestre y fluvial. Al llegar a Mapiripán, los paramilitares tomaron control del pueblo, comunicaciones y oficinas públicas, y procedieron a intimidar a sus habitantes. Un grupo fue torturado y asesinado. La fuerza pública llegó a Mapiripán el 22 de julio de 1997, después de concluida la masacre y con posterioridad a la llegada de los medios de comunicación, cuando los paramilitares ya habían destruido gran parte de la evidencia física. A pesar de los recursos interpuestos, no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables.

zación y por tratarse de un proceso necesariamente incoado por las víctimas o sus familiares) y concluyó que, en los términos de la obligación de reparación que surge como consecuencia de violación de la Convención, el proceso contencioso administrativo no constituye *per se* un recurso efectivo y adecuado para reparar en forma integral esa violación.

Los criterios doctrinarios más relevantes de esta etapa pueden ser sintetizados de la siguiente forma:

4.2.1. Criterios de evaluación de la efectividad de la jurisdicción contencioso administrativa

Para evaluar la efectividad de estos recursos internos, la Corte analiza si las decisiones tomadas por la justicia administrativa contribuyeron efectivamente a: **a)** poner fin a la impunidad, **b)** asegurar la no repetición de los actos lesivos, **c)** garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención.⁷⁷⁴

4.2.2. Aspecto sustancial de la controversia en casos de responsabilidad internacional estatal por violación de los arts.

8.1 y 25 de la CADH

La Corte indicó que al establecer la responsabilidad internacional del Estado con motivo de la violación a los derechos consagrados en los artículo 8.1 y 25 de la Convención Americana, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o se llegó a acuerdos conciliatorios por responsabilidad administrativa o civil de un órgano estatal, en relación con las violaciones cometidas en perjuicio de los familiares de algunas víctimas de los hechos del caso, si no si los procesos internos permitieron que se garantizara un verdadero acceso a la justicia conforme los estándares previstos en la Convención Americana.⁷⁷⁵

⁷⁷⁴ Caso “Masacre de Mapiripán”, párr. 210; caso “Masacre de Pueblo Bello”, párr. 206; caso “Masacre de Ituango”, párr. 338 y caso “Masacre de la Rochela”, párr. 217.

⁷⁷⁵ Caso “Masacre de Mapiripán”, párr. 211; caso “Masacre de Pueblo Bello”, párr. 206; caso “Masacre de Ituango”, párr. 339; caso “Masacre de la Rochela”, párr. 218.

4.2.3. La indemnización pecuniaria no supe otro tipo de reparaciones

Inicia el estudio de las limitaciones de la reparación pecuniaria recordando dos casos de la Corte Europea de Derechos Humanos que hicieron referencia a los alcances de la responsabilidad civil en relación con las exigencias de la protección internacional. Dijo entonces que: “en el caso *Yasa versus Turquía*, y consideró que “una acción administrativa [...] es un recurso que se basa en la responsabilidad objetiva del Estado, en particular por actos ilícitos de sus agentes, cuya identificación no es, por definición, un prerequisite para promover una acción de esta naturaleza. Sin embargo, las investigaciones que los Estados Partes están obligados [...] a llevar a cabo en casos de agresión mortal deben ser capaces de conducir a la identificación y castigo de los responsables [...]. Tal obligación no puede ser satisfecha mediante una simple indemnización de daños [...]. De otra manera, [...] la obligación del Estado de identificar a los responsables de la agresión mortal podría desvanecerse” (traducción de la Secretaría). Agregó que “En el mismo sentido, en el caso *Kaya versus Turquía* la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que la violación de un derecho protegido por la Convención no podía ser remediada exclusivamente por el establecimiento de la responsabilidad civil y el correspondiente pago de compensación a los familiares de la víctima.”⁷⁷⁶

Luego de repasar tales precedentes del tribunal europeo, la Corte Interamericana estimó que la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de compensación a los familiares de la víctima.⁷⁷⁷

4.2.4. Reparación interna estructuralmente parcial o incompleta

Destaca, como un aspecto negativo de la jurisdicción, que tanto las sentencias como los acuerdos conciliatorios no contienen aspectos relati-

⁷⁷⁶ Caso “Masacre de Mapiripán”, párr. 212 y 213; caso “Masacre de Pueblo Bello”, párr. 207 y 208; caso “Masacre de Ituango”, párr. 339 y 341; caso “Masacre de la Rochela”, párr. 216 y 219.

⁷⁷⁷ Caso “Masacre de Mapiripán”, párr. 214.

vos a la rehabilitación, la verdad, la justicia, el rescate de la memoria histórica, como tampoco medidas de garantía de no repetición.⁷⁷⁸

Así, según el tribunal, una reparación adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición. Recursos como la acción de reparación directa o la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando está de por medio un acto administrativo que pueda producir daños, tiene unos alcances mínimos y unas condiciones de acceso no apropiadas para los fines de reparación que la Convención Americana establece⁷⁷⁹.

Afirma que, en cuanto a los alcances de la sentencia, la jurisdicción contencioso administrativa no puede más que, una vez advertido el daño, decretar la indemnización económica como fórmula única de reparación⁷⁸⁰.

4.2.5. El deber Estatal de reparar de oficio y la jurisdicción contencioso administrativa

Dijo la Corte que en casos de violaciones de derechos humanos el deber de reparar es uno propio del Estado, por lo que si bien las víctimas o sus familiares deben tener amplias oportunidades también en la búsqueda de una justa compensación, este deber no puede descansar exclusivamente en su iniciativa procesal o en la aportación privada de elementos probatorios.⁷⁸¹

Amplió esta cuestión afirmando que otros límites a un verdadero acceso a la justicia en el caso de la acción de reparación directa es que ésta es de naturaleza rogada, es decir debe ser presentada por medio de abogado, los términos ineluctables de caducidad son dos años, así

⁷⁷⁸ Caso “Masacre de Ituango”, párr. 337.

⁷⁷⁹ Caso “Masacre de Ituango”, párr. 341.

⁷⁸⁰ Caso “Masacre de Ituango”, párr. 341.

⁷⁸¹ Caso “Masacre de Pueblo Bello”, párr. 209; caso “Masacre de Ituango”, párr. 340 y 342; caso “Masacre de la Rochela”, párr. 220.

como la falta de tribunales contencioso administrativos en todas las áreas geográficas del país⁷⁸².

4.2.6. Manifestación de responsabilidad estatal por la violación de derechos consagrados en la Convención

La Corte observó que las decisiones adoptadas por los tribunales contencioso administrativos no contienen una manifestación de responsabilidad estatal por la violación de derechos como la vida y la integridad personal, entre otros derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.⁷⁸³

Amplía el Tribunal indicando que es la producción de un daño antijurídico y no la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento de estándares y obligaciones en materia de derecho humanos lo que decreta en su sentencia una autoridad judicial en lo contencioso administrativo⁷⁸⁴.

4.2.7. Morosidad y congestiones procesales

Afirmó el tribunal en una de las causas que los dos peritos que comparecieron ante la Corte coincidieron en destacar las limitaciones dadas por la morosidad y congestiones procesales en el proceso contencioso administrativo⁷⁸⁵. El perito por el Estado señaló que en primera instancia un trámite podría durar en promedio de 3 a 5 años y en segunda instancia de 4 a 8 años.

4.2.8. Complementación reparatoria de sentencia de la Corte IDH

Desde el caso “Masacre de Mapiripán”, la Corte sostuvo que “valora alguno de los resultados alcanzados en dichos procesos contencioso administrativos, que incluyen algunos aspectos que abarcan las repara-

⁷⁸² Caso “Masacre de Ituango”, párr. 342.

⁷⁸³ Caso “Masacre de Ituango”, párr. 341; caso “Masacre de la Rochela”, párr. 216.

⁷⁸⁴ Caso “Masacre de La Rochela”, párr. 221.

⁷⁸⁵ Caso “Masacre de Ituango”, intervención de los peritos Rodrigo Uprimny Yepes y Hernando Torres Corredor, ya analizada en detalle ut supra.

ciones por conceptos de daño material e inmaterial, los cuales tomará en cuenta al momento de fijar las reparaciones pertinentes, a condición de que lo resuelto en esos procesos haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso”⁷⁸⁶.

4.2.9. El proceso Contencioso Administrativo no constituye *per se* un recurso efectivo y adecuado de reparación

Esta conclusión, que se va a repetir en los precedentes de la etapa en análisis, fue expuesta por la Corte por primera vez en el caso de la “Masacre de Pueblo Bello”, donde sostuvo que “en los términos de la obligación de reparación que surge como consecuencia de una violación de la Convención, el proceso contencioso administrativo no constituye *per se* un recurso efectivo y adecuado para reparar en forma integral esa violación.”⁷⁸⁷

4.2.10. Declaración sobre la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos

A partir del dictado de sentencia en el caso de la Masacre de Pueblo Bello la Corte concluyó que los procesos y procedimientos internos no han constituido, ni individualmente ni en conjunto, recursos efectivos para garantizar el acceso a la justicia, la determinación del paradero de las personas desaparecidas y de toda la verdad de los hechos, la investigación y sanción de los responsables y –lo que aquí interesa– la reparación de las consecuencias de las violaciones. Entendemos que al referirse a esta última cuestión el tribunal está incluyendo en los procesos internos valorados a las acciones de reparación directa en trámite ante la jurisdicción contencioso administrativa.

⁷⁸⁶ Caso “Masacre de Mapiripán”, párr. 214; caso “Masacre de Ituango”, párr. 335, 339 y 343; caso “Masacre de la Rochela”, párr. 219 y 222; caso “Valle Jaramillo”, párr. 167.

⁷⁸⁷ Caso “Masacre de Pueblo Bello”, párr. 209; caso “Masacre de Ituango”, párr. 340; caso “Masacre de la Rochela”, párr. 220; caso “Valle Jaramillo”, párr. 167.

Así, en los casos en estudio la Corte interamericana resolvió que el Estado es responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.⁷⁸⁸

4.2.11. Conciliación en la jurisdicción contencioso administrativa

Sobre los casos contencioso administrativos en que las partes llegaron a un acuerdo conciliatorio, el tribunal tuvo oportunidad de manifestarse en dos de sus precedentes.⁷⁸⁹

Así, en el caso de la Masacre de Ituango sostuvo que “Además, ha sido demostrado que se celebraron audiencias de conciliación entre algunos de los demandantes ante la jurisdicción contencioso administrativa y el Estado, en las cuales se acordaron cuantías en relación con los daños producidos por la acción u omisión de sus agentes. Este Tribunal las tomará en cuenta al momento de fijar las reparaciones pertinentes (infra párr. 376). Sin embargo, la Corte observa que las actas de conciliación suscritas no contienen una manifestación de responsabilidad estatal por la violación de derechos como la vida y la integridad personal, entre otros, que están consignados en la Convención. De igual manera, no contiene aspectos relativos a la rehabilitación, la verdad, la justicia, el rescate de la memoria histórica, como tampoco medidas de garantía de no repetición.”⁷⁹⁰

4.3. Tercera etapa jurisprudencial: Valoración, revisión y complementación de lo resuelto en la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁷⁹¹

La tercera y última etapa la ubicamos en los criterios expuestos por la Corte IDH en los siguientes casos: Manuel Cepeda Vargas Vs. Colom-

⁷⁸⁸ Caso “Masacre de Pueblo Bello”, párr. 212; caso “Masacre de Ituango”, párr. 344; caso “Masacre de la Rochela”, párr. 225; caso Valle Jaramillo, párr.. 168 y 169.

⁷⁸⁹ Caso “Masacre de Ituango”, párr.. 337; caso “Valle Jaramillo”, párr.. 167.

⁷⁹⁰ Párr. 337.

⁷⁹¹ Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. 26/05/10; Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia.30/11/12; Rodríguez Vera y Otro (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. 14/11/14.

bia. 26/05/10, b) Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. 30/11/12, y c) Rodríguez Vera y Otro (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. 14/11/14.

4.3.1. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia (26/05/10)

Los hechos del caso se refieren a la ejecución extrajudicial del entonces Senador Manuel Cepeda Vargas perpetrada el 9 de agosto de 1994 en la ciudad de Bogotá, así como a la alegada falta de debida diligencia en la investigación y sanción de todos los responsables, obstrucción de justicia y la falta de reparación adecuada a favor de los familiares. El Senador Cepeda Vargas era comunicador social y líder del Partido Comunista Colombiano y del partido político Unión Patriótica. Se alegó que su ejecución se enmarcó en un patrón sistemático de violencia contra los miembros de la UP y del PCC y que fue perpetrada mediante la supuesta coordinación operativa entre miembros del Ejército y grupos paramilitares, a través del llamado “plan golpe de gracia”.

En el caso “Cepeda Vargas” la Corte reiteró su doctrina anterior y al ingresar al estudio del acceso a la justicia ante los tribunales contencioso administrativos, si bien concluyó que “no contribuyeron de manera sustancial al cumplimiento del deber de investigar y esclarecer los hechos”⁷⁹², también sostuvo que “de existir mecanismos nacionales para determinar formas de reparación, esos procedimientos y resultados pueden ser valorados (*supra* párr. 139). Si esos mecanismos no satisfacen criterios de objetividad, razonabilidad y efectividad para reparar adecuadamente las violaciones de derechos reconocidos en la Convención declaradas por este Tribunal, corresponde a éste, en ejercicio de su competencia subsidiaria y complementaria, disponer las reparaciones pertinentes. En este sentido, ha sido establecido que los familiares del Senador Cepeda Vargas tuvieron acceso a los tribunales contencioso administrativos, los que determinaron una indemnización por pérdida de ingresos con criterios objetivos y razonables.

792

En consecuencia, la Corte valora positivamente lo actuado por los tribunales internos en este caso⁷⁹³ y estima que lo fijado en esas instancias es razonable en los términos de su jurisprudencia⁷⁹⁴

4.3.2. Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia (30/11/12)

Los hechos del caso sucedieron el 12 de diciembre de 1998, mientras se llevaba a cabo en la vereda de Santo Domingo un “bazar” en el marco del cual se realizaron diversas actividades deportivas, las Fuerzas Armadas de Colombia y la guerrilla protagonizaron enfrentamientos, luego de que una avioneta aterrizara sobre la carretera que conduce de la vereda de Santo Domingo a Panamá de Arauca con dinero o armas para actividades de narcotráfico. En el marco de esos hechos, las Fuerzas Armadas planearon una operación militar aerotransportada que se prolongó por varios días y en la cual también participó el Ejército Nacional. En ese contexto, el 13 de diciembre de 1998, varias aeronaves sobrevolaban los alrededores de Santo Domingo en horas de la mañana y la tripulación de un helicóptero de la Fuerza Aérea Colombiana lanzó un dispositivo compuesto por seis granadas sobre la calle principal de Santo Domingo, provocando la muerte de 17 personas, de las cuales seis eran niños y niñas, e hiriendo a otras 27 personas, entre ellas 10 niñas y niños.

Al resolver el caso de la “Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia” la Corte reiteró que los tribunales contencioso administrativos están llamados a establecer todos los alcances de la responsabilidad estatal⁷⁹⁵, agregando que: “el proceso contencioso administrativo pue-

⁷⁹³ Cfr. *Caso de la Masacre de La Rochela*, *supra* nota 16, párr. 245.

⁷⁹⁴

⁷⁹⁵ Párrafo N° 37: “En el caso *Cepeda Vargas Vs. Colombia*, relativo a la responsabilidad del Estado por una ejecución extrajudicial, la Corte analizó si los recursos contencioso-administrativos habían contribuido efectivamente a determinar los alcances de la responsabilidad estatal y a asegurar la no repetición de los actos lesivos, considerando, en particular, que lo decidido en esa vía “puede ser relevante en lo que concierne a la obligación de reparar integralmente una violación de derechos”. Así, en el fondo de ese caso la Corte destacó que los tribunales contencioso administrativos no establecieron todos los alcances de la responsabilidad estatal, aun cuando estaban llamados a hacerlo.

de ser relevante en la calificación y definición de determinados aspectos o alcances de la responsabilidad estatal, así como en la satisfacción de ciertas pretensiones en el marco de una reparación integral. Por ello, lo decidido a nivel interno en esa jurisdicción puede ser tomado en cuenta al momento de valorar las solicitudes de reparaciones en un caso ante el Sistema Interamericano, pues las víctimas o sus familiares deben tener amplias oportunidades en la búsqueda de una justa compensación. Sin embargo, la vía contencioso-administrativa será relevante en casos en que haya sido efectivamente intentada por personas afectadas por violaciones a sus derechos o por sus familiares. Es decir, no es un recurso que necesariamente deba ser siempre agotado, por lo que no inhibe la competencia de la Corte para conocer del presente caso. Sin perjuicio de ello, la Corte tomará en cuenta, en lo pertinente, los alcances y resultados de esa vía judicial en la determinación completa y adecuada de la responsabilidad estatal, así como en lo que corresponde a la fijación de una reparación integral a favor de las presuntas víctimas. Tales apreciaciones y valoraciones deben realizarse en atención a las **circunstancias de cada caso específico**, según la **naturaleza del derecho** que se alega violado y de las pretensiones de quien lo ha incoado.”

En lo concerniente al proceso contencioso administrativo, además de ser relevante para efectos de reparaciones, la Corte considera que en este caso puede ser valorado positivamente, pues ya ha establecido la responsabilidad del Estado. Amplía afirmando que “Mediante senten-

Luego, en el capítulo de reparaciones de ese caso, y en atención a que una reparación integral y adecuada no puede ser reducida al pago de compensación a las víctimas o sus familiares (pues según el caso son además necesarias medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición), la Corte tomó en cuenta las indemnizaciones otorgadas en dichos procesos, considerando que “de existir mecanismos nacionales para determinar formas de reparación [que satisfagan] criterios de objetividad, razonabilidad y efectividad para reparar adecuadamente las violaciones de derechos declaradas”, tales procedimientos y sus resultados “pueden ser valorados”. No obstante, si esos mecanismos no satisfacen tales criterios, corresponde a la Corte, en ejercicio de su competencia subsidiaria y complementaria, disponer las reparaciones pertinentes.”

cia de 20 de mayo de 2004 el Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca declaró al Estado colombiano administrativamente responsable por los hechos. El título de imputación sobre el que se fundó la decisión fue falla de servicio.”⁷⁹⁶

Jorge Ernesto Roa Roa, en comentario a la sentencia en el caso “masacre de Santo Domingo”, dedicó un punto a la interacción entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Contencioso Administrativos de Colombia, quien analiza este vínculo de la siguiente forma:

“1. Los tribunales contencioso-administrativos superaron la fase de utilización de la jurisprudencia de la Corte IDH como una simple referencia al derecho internacional para respaldar una de sus propias tesis (a fortiori) o para ilustrar una opción plausible en la lejana jurisprudencia internacional pero descartada en esa sede judicial (ad exemplum) y avanzaron hacia un escenario de comunicación judicial en el que reconocen la existencia de una obligación constitucional de tener en cuenta la jurisprudencia internacional (ex lege) y la autoridad de ese tribunal como interlocutor válido que tiene algo que decir en los procesos de reparación directa (ad autoritatis).

2. Esta respuesta concreta de los tribunales nacionales obedece al constante desafío planteado por la jurisprudencia de la Corte IDH que demostró la insuficiencia de los criterios tradicionales que aplicaban los jueces internos para la reparación de las violaciones a los Derechos Humanos.

3. Este caso demuestra la existencia de una situación de compatibilidad, que no de conformidad, entre los criterios de indemnización utilizados por la Corte IDH y los tribunales contencioso administrativos que conocieron, en el ámbito interno, de los procesos de reparación directa por la masacre de Santo Domingo.

4. El resultado positivo del diálogo ha sido una síntesis de carácter comprensivo en la que los tribunales contenciosos aplican los criterios de la Corte IDH para reparar las violaciones a los derechos humanos y,

⁷⁹⁶ Párr. 168.

el tribunal interamericano reconoce la validez de esas decisiones judiciales, incluso al nivel de prescindir de decretar pagos adicionales cuando estos ya se efectuaron en el ámbito interno”⁷⁹⁷

4. 3. 3. Caso Rodríguez Vera y Otro (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia (14/11/14)

Los hechos del caso se enmarcan en los sucesos conocidos como la toma y la retoma del Palacio de Justicia, ocurridos en la ciudad de Bogotá los días 6 y 7 de noviembre de 1985. En las referidas fechas, el grupo guerrillero M-19 tomó violentamente las instalaciones del Palacio de Justicia, donde tenían su sede la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado colombiano, tomando como rehenes a cientos de personas entre magistrados, magistrados auxiliares, abogados, empleados administrativos y de servicios, así como visitantes de ambas corporaciones judiciales. Ante dicha acción armada de la guerrilla, conocida como la “toma del Palacio de Justicia”, la respuesta de las fuerzas de seguridad del Estado es conocida como la “retoma del Palacio de Justicia”. Dicha operación militar ha sido calificada, por tribunales internos y por la Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia, como desproporcionada y excesiva. Como consecuencia de estos hechos, resultaron muertas y heridas centenas de personas.

Finalmente, en este caso, la Corte reitero que el proceso contencioso administrativo puede ser relevante en la calificación y definición d determinados aspecto o alcances de la responsabilidad estatal, así como en la satisfacción de ciertas pretensiones en el marco de una reparación integral.

Agregó –a lo ya dicho en los otros casos aquí estudiados– que “la jurisdicción contenciosa administrativa permite un acceso más expedito a reparaciones por el daño causado. Por ello lo decidido a nivel

⁷⁹⁷ Roa Roa, Jorge Ernesto, Derecho Internacional Humanitario, Jurisdicción Penal Militar y Responsabilidad del Estado por violación de los Derechos Humanos. Un comentario a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, R.V.A.P. núm. 95 Enero-Abril 2013, p. 149-164, ISSN:0211-9560.

interno en esa jurisdicción puede ser tomado en cuenta al momento de valorar las solicitudes de reparaciones en un caso ante el sistema interamericano, pues las víctimas o sus familiares deben tener amplias oportunidades en la búsqueda de una justa compensación.”

Nuevamente aclara que la vía contenciosa administrativa sólo será relevante en casos en que haya sido efectivamente intentada por personas afectadas por violaciones a sus derechos o por sus familiares, por lo que no es un recurso que necesariamente deba ser siempre agotado.

5. Conclusiones: Criterios para un proceso reparatorio interno efectivo

En el presente trabajo exploratorio intentamos acercarnos a la jurisprudencia del máximo tribunal interamericano en materia de derechos humanos en busca de pautas, criterios y estándares para poder evaluar las respuestas que en nuestro país brinda la justicia contencioso administrativa federal y provinciales en materia de responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima, siempre que la víctima sea una personas física y no jurídica.

Si bien los mayores desarrollos de los precedentes del sistema interamericano refieren a la función judicial interna en materia de derecho penal y disciplinario, los casos colombianos a los que nos acercamos pueden brindar una guía para repensar los alcances y limitaciones de la justicia contencioso administrativa en materia indemnizatoria por responsabilidad pública.

Las tutelas procesales diferenciadas en el contencioso administrativo

I. Introducción

En los capítulos precedentes desarrollamos la idea de un principio constitucional de igualdad que actúe como *garantía de las diferencias*, ya que pone en evidencia y les otorga relevancia a esas diferencias a través de las medidas de acción positiva para ayudar a sujetos históricamente discriminados.

Fundado en la oposición que realiza Luigi Ferrajoli entre los *derechos fundamentales* (universales e indisponibles) y los *derechos patrimoniales* (singulares y disponibles), con sus respectivos bienes (bienes fundamentales y bienes patrimoniales) podemos intuir que cuando se someten a intervención del Poder Judicial la protección y reconocimiento (garantía secundaria) de los primeros, el principio que rige es el de igualdad jurídica y, de los segundos el de desigualdad jurídica.

De ello se deriva que los jueces pueden establecer un tratamiento diferencial en los casos en los que se pongan en juego derechos o bienes fundamentales, rompiendo –para esos casos– la idea de *igualdad de armas* –fundado en el principio liberal de igualdad como no dis-

criminación– y reemplazándolo por un *sistema de hándicap procesal* en favor de las personas naturales, ciudadanos y personas con capacidad de obrar –basado en el principio de igualdad estructural como no subordinación–.

En la teoría del derecho de Ferrajoli, la *función judicial*; “Es la función pública consistente en las garantías secundarias producidas por el ejercicio de la función legislativa y actuada mediante actos cuya validez sustancial depende de la aplicación sustancial de las normas sustantivas sobre su producción”⁷⁹⁸.

La *función legislativa*, por su parte, es la función pública cuya actuación es fuente de normas y, si obedece a la razón social de la institución pública a la que pertenece, consiste en la producción de las correspondientes garantías primarias y secundarias. Es entonces la legislación procesal que establece las tutelas procesales diferenciadas en los distintos códigos rituales, un ejemplo o tipo de *medida de acción positiva*, ordenada por el constituyente para ser implantado en aquellos juicios en los que se encuentren en juego o discusión derechos fundamentales o una de sus partes procesales sean personas integrantes de grupos vulnerables (Art. 75, inc. 23 de la CN).

Para ello, resulta también central desarrollar las distinciones –y complementación– entre los dos modelos de igualdad –como no discriminación y como no sometimiento– expuestos por la doctrina y considerados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto impacta en la tarea de los jueces ya que, como lo explicó Roberto Saba: “La igualdad como no sometimiento obliga a reformular el rol de los tribunales y sus posibles respuestas, en ejercicio de su facultad de proteger la igualdad ante la ley como derecho constitucional, afrontan demandas de personas pertenecientes a grupos sojuzgados que esperan del Estado una postura energética contra sus atropellos.”⁷⁹⁹

⁷⁹⁸ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, ob. Cit., tomo 1, p. 770.

⁷⁹⁹ Saba, Roberto: “Más allá de la igualdad formal ante la ley... Ob.Cit., p 81.

Una cuestión a detallar es el funcionamiento de las *categorías sospechosas* frente a situaciones de *desigualdad estructural* ya que su aplicación a situaciones en que se ponen en ejecución *medidas de acción positiva* es contradictoria y resulta opuesto a ese tipo de *garantía de las diferencias*.

Luego pretendo relevar algunos ejemplos de normas procesales que proponen algunas tutelas procesales diferenciadas, para ingresar al análisis de la regulación del régimen de medidas cautelares contra el Estado nacional, efectuada en el ámbito federal de la Justicia Contencioso Administrativa.

II. Principio de igualdad jurídica y categorías sospechosas

1. La igualdad constitucional y el principio de igualdad de armas en los procesos judiciales

El principio de igualdad de armas en los procesos judiciales ha tenido diversas interpretaciones y alcances, tanto en su tratamiento normativo, jurisprudencial como doctrinario y adquiere especial relevancia en los procesos contencioso administrativos donde, por la presencia del Estado como una de las partes, se expresaron variaciones procesales de distintos privilegios de la administración pública, fundados en un régimen jurídico exorbitante del derecho privado.

Vicente Gimeno Sendra define a este principio como “una proyección del genérico principio de igualdad que se manifiesta en un proceso con todas las garantías, indicando que se vulnera cuando el legislador crea privilegios procesales sin fundamento constitucional objetivo y razonable o cuando el legislador o el juez crean posibilidades procesales que se niegan a la parte adversa”⁸⁰⁰.

⁸⁰⁰ Gimeno Sendra, Vicente; Derecho Procesal Penal, 2.^a ed. Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2015, p. 219.

Por su parte, Simón Moratto enumera las siguientes características del principio de igualdad de armas: “Primera. El principio de igualdad de armas tiene antecedentes que pueden ser rastreados hasta la antigua Grecia con el establecimiento de la máxima *audi alteram partem*. Segunda. Al ser un mandato de optimización, demanda la realización de una igualdad procesal en la mayor medida posible teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Tercera. La igualdad a la que se refiere es material y no matemática. Por lo tanto, debe tener en cuenta la disparidad natural de los contendientes y las especiales calidades de cada uno de ellos. Cuarta. Esa igualdad se predica de las “partes” del proceso, entendiendo por “parte” a aquella que postula una resolución judicial frente a otra persona o contra quien se formula dicha resolución. Quinta. Por “armas” debe entenderse todos los mecanismos de ataque y defensa de los que dispone una parte del proceso para cristalizar la disputa entre tesis opuestas; en otras palabras, las condiciones, facultades y oportunidades para una efectiva presentación del caso. Sexta. El principio de igualdad de armas se vulnera cuando tiene lugar una desventaja sustancial que afecta la justicia del proceso visto como un todo.”⁸⁰¹

Como consecuencia de los privilegios del Estado, las relaciones jurídicas entre la administración y los administrados son claramente desiguales, si bien esos privilegios se contrarrestan, en cierto modo, con el reconocimiento de una serie de garantías y derechos a las personas. Esa situación de desigualdad es clara en el procedimiento administrativo, habida cuenta de que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a la administración pública, cuando actúa como poder público, una serie de potestades administrativas y establece la presunción *iuris tantum* de validez de los actos dictados en su ejercicio, que obliga a su inmediato cumplimiento, así como la potestad de ejecución forzosa de sus resoluciones; traslada a los particulares afectados por

⁸⁰¹ Moratto, Simón; “El principio de igualdad de armas: Un análisis conceptual”, Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 41, n.º 110, enero-junio de 2020, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 177-202.

un acto administrativo la carga de impugnarlos; impone la obligación de agotar la vía administrativa previa para poder acceder al control contencioso-administrativo; y establece que la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo no suspende, como regla general, la ejecutividad del acto impugnado. Por tanto, la administración pública se sitúa en una posición desigual en sus relaciones jurídicas con el administrado y así acude al proceso contencioso-administrativo.

Lucía Casado, explica que: “Al respecto, debemos partir del principio de igualdad de las partes, que, junto con el de pluralidad de partes y el de contradicción, rige en el proceso contencioso-administrativo y, en consecuencia, determina la posición jurídica de las partes. Ciertamente, este principio no implica que las partes sean iguales. Es más, por esencia material, en el ámbito contencioso-administrativo, las partes son desiguales. En efecto, no es lo mismo la administración pública que los ciudadanos, ni persiguen los mismos fines y objetivos. Tampoco significa este principio que en todo momento haya de existir una correlación o identidad absoluta entre las facultades de las partes. Sin embargo, con arreglo a este principio, sí debieran ambas tener las mismas oportunidades en el proceso para defender sus pretensiones.”⁸⁰²

Es entonces, a partir de la aplicación del principio de igualdad de armas –reflejo de la igualdad constitucional liberal aplicada al proceso administrativo– que la legislación atenuó los privilegios procesales que gozaba históricamente la administración pública en juicio. A partir de la flexibilización de los requisitos de habilitación de las pretensiones procesales, de la ampliación de los plazos para demandar, de la equiparación de las cargas durante el juicio, de la eliminación de algún efecto declarativo de las sentencias condenatorias al Estado, se intentó equilibrar el peso relativo entre el poder público institucionalizado y los ciudadanos.

⁸⁰² Casado Casado, Lucía: “La igualdad de armas en el proceso contencioso-administrativo: ¿realidad efectiva o mero *desiderátum*?” (RI 422968)

Estos cambios normativos que se pueden observar en los nuevos códigos procesales administrativos le quitaron rigidez a las estructuras procesales intentando poner en un pie de relativa igualdad a las partes. Entiendo que ahora, el siguiente desafío de la justicia contencioso administrativa es realizar una tutela procesal diferenciada, en garantía de la igualdad como diferencia, para proteger los derechos fundamentales y a las personas que integran grupos vulnerables históricamente excluidos, sojuzgados y discriminados de una forma sistemática. Para los casos en que se debatan derechos patrimoniales o estén en juego sus bienes, es suficiente con la aplicación del principio de igualdad de armas, con las reservas de algunos privilegios en favor del Estado, justificados en su representación del interés público o general de la totalidad de la comunidad.

En el ámbito del sistema universal de protección de derechos humanos, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 32, sostuvo sobre la igualdad en los procesos judiciales: “13. El derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia garantiza también la igualdad de medios procesales. Esto significa que todas las partes en un proceso gozarán de los mismos derechos en materia de procedimiento, salvo que la ley prevea distinciones y éstas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que comporten ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el procesado. No hay igualdad de medios procesales si, por ejemplo, el fiscal puede recurrir una determinada decisión, pero el procesado no. El principio de igualdad entre las partes se aplica también a los procesos civiles y exige, entre otras cosas, que se otorgue a cada parte la oportunidad de oponerse a todos los argumentos y pruebas presentados por la otra parte. En casos excepcionales, también puede exigir que se ofrezca gratuitamente la asistencia de un intérprete en los casos en que, sin él, una parte desprovista de medios no pueda participar en el proceso en pie de igualdad y no puedan ser interrogados los testigos presentados por ella”

Como se puede leer, si bien establece como un principio fundamental del acceso a la justicia la igualdad de armas, también deja expresado

que es posible que ley prevea distinciones y éstas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que comporten ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el procesado y, por ello, sin violentar los derechos garantizados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos abordó el principio de igualdad de armas y, respecto del acceso a la justicia y debido proceso en casos de defensa de derechos sociales frente al Estado, consideró: “Durante el proceso, es frecuente que la disímil situación social o económica de las partes litigantes impacte en una desigual posibilidad de defensa en juicio. La desigualdad procesal puede darse también en el litigio de casos vinculados a derechos sociales frente al Estado, como resabio de las posiciones tradicionales del derecho administrativo que suelen conferir privilegios al Estado en su relación con los administrados. Por ello, debe reconocerse al principio de igualdad de armas entre los elementos integrantes de la garantía del debido proceso legal. En un proceso en el que se ventilan derechos sociales, el resguardo de este principio es, sin dudas, un punto relevante en toda estrategia de defensa. El SIDH ha identificado al principio de igualdad de armas como componente integrante del debido proceso legal y ha comenzado a delinear estándares con miras a su respeto y garantía.”⁸⁰³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en su Opinión Consultiva 16/99 sobre “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular” en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, que “para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”, agregando luego que: “Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los

⁸⁰³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Informe. “El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.”

tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”

No obstante, esta proclamada igualdad de armas entre el Estado –que ostenta la protección del interés público o general de la comunidad– y los particulares –que esgrimen derechos fundamentales o patrimoniales frente a la administración pública– no da cuenta de la necesidad de adoptar un tratamiento preferencial para aquellas partes que defiendan sus derechos fundamentales, universales e indisponibles, y de aquellos otros que integran grupos vulnerables a los que el ordenamiento jurídico obliga a proteger mediante medidas de acción positiva.

Tras reconocer la entidad del principio, la Corte Interamericana postuló que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Esto es así pues, de no existir esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento “difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”. Se observa así la caracterización del principio de referencia como integrante del conjunto de garantías procesales que concurren a componer el debido proceso legal y a garantizar el derecho a acceder efectivamente a la justicia.⁸⁰⁴

⁸⁰⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Informe. “El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.”

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también se ha referido al principio de igualdad de armas y ha destacado su relevancia para la vigencia del debido proceso legal. En su *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos* la Comisión destacó que puede haber ocasiones en que, debido a las circunstancias particulares del caso, sea necesario contar con garantías adicionales a las explícitamente prescritas en los instrumentos pertinentes de derechos humanos para asegurar un juicio justo. A criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Esta estipulación deriva en parte de la propia naturaleza y funciones de las protecciones procesales, que en toda instancia deben estar regidas por el principio de justicia y en esencia deben estar destinadas a proteger, asegurar y afirmar el goce o el ejercicio de un derecho. Ello incluye reconocer y corregir toda desventaja real que las personas afectadas en los procedimientos puedan tener y observar en ello el principio de igualdad ante la ley y el corolario que prohíbe todo tipo de discriminación”⁸⁰⁵.

Este principio procesal de igualdad de armas –si bien no se contrapone directamente con las tutelas procesales diferenciadas– resulta insuficiente para incluir todos los casos en los que el legislador se encuentra obligado constitucionalmente (Art. 75, inc.23) a crear privilegios procesales, con un claro fundamento objetivo y razonable en las medidas de acción positivas, o cuando el legislador o el juez crean posibilidades procesales que se niegan a la parte adversa por las mismas razones.

Podemos recurrir para intentar proyectar las ideas que venimos trabajando sobre la *garantía de la igualdad como diferencia* al funcionamiento del concepto de *hándicap* utilizado en los deportes, donde se le resta determinado número de puntos o goles al competidor que tiene mejores antecedentes y es relativamente más fuerte o poderoso, para sumárselos al adversario más débil. En este ámbito se conoce como *hándicap* a las desventajas que se imponen a los mejores participantes

⁸⁰⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Informe. “El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.”

con el objetivo de igualar sus posibilidades en relación con los menos favoritos. El hándicap en ocasiones tiene que ver con sumar o restar cierto número de goles o puntos, de conceder ciertos metros de ventaja o de imponerle más peso a un competidor.

Es entonces una meta a considerar para poder garantizar la efectividad de los derechos fundamentales sometidos a las garantías secundarias, pensar la idea de la necesidad de construir normativamente un juicio con tutelas procesales diferenciadas –que distingan entre derechos y bienes fundamentales y derechos y bienes patrimoniales– con un sistema de hándicap procesal regulado –con efectivas medidas de compensación en el juicio– por el legislador para proteger a las clases preferentes, en el que las decisiones estructurales de políticas igualitarias estén en cabeza del Poder Legislativo y que, de alguna forma, establezca los límites razonables a la discrecionalidad de los jueces conservadores.

2. Las categorías sospechosas y los principios de no discriminación y de no sometimiento

La construcción dogmática y jurisprudencial del concepto de categorías sospechosas tuvo su origen en decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos, iniciadas con la sentencia de su Corte Suprema en la causa “Carolene Products” en la que surgió la idea que ciertas clasificaciones normativas podían sujetarse a una revisión judicial más rigurosa que la que se realiza por vía del examen de razonabilidad que se aplica al control de los actos procesales.

Las categorías sospechosas de inconstitucionalidad, al decir de Mariana Sánchez Caparrós, se caracterizan por imprimir una fuerte presunción de inconstitucionalidad a las normas que las emplean, implicando un tipo de revisión judicial severo o estricto respecto de la racionalidad de la decisión.⁸⁰⁶

⁸⁰⁶ Sánchez Caparrós, Mariana, *Categorías Sospechosas*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2020.

Este test de constitucionalidad estricto se aplica, como lo ha utilizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a leyes o cualquier tipo de normas generales (se trate de una norma de una Constitución local, una ley provincial, una decisión del Consejo de la Magistratura de la CABA, una Resolución de la CSJN, etc.) en las que es preciso que el criterio de clasificación o distinción se manifieste a través de una de las llamadas categorías sospechosas.

Roberto Saba explica que las categorías sospechosas se enmarcan en la idea de igualdad como no discriminación y que resulta –en principio– contradictorio pretender aplicarlas a situaciones en que estamos frente a la visión estructural de la igualdad, es decir, en tanto no subordinación de un grupo vulnerable discriminados sistemáticamente. Explica que: “Esta yuxtaposición de caracterizaciones y justificaciones de las categorías sospechosas –así como el escrutinio estricto del cual son merecedores los tratos basados sobre ellas– no es inocua y pone de manifiesto la tensión entre concepciones de igualdad constitucional que no pueden aplicarse indistintamente por ser a veces contradictorias, interdependientes y hasta excluyentes.”⁸⁰⁷

Por tratarse de una presunción establecida en función de un modelo liberal de igualdad, su aplicación a casos de desigualdad estructural pone en tensión tal visión de la igualdad como no discriminación, con las medidas de acción positiva, propias de la igualdad como no exclusión. Dice Saba; “Esta noción de categorías sospechosas como categorías a priori irrazonables es tributaria del principio de igualdad como no discriminación, y tiene sus efectos. Por un lado, convierte a las categorías prohibidas en categorías de alcance simétrico, ya que, por ejemplo, no es posible usar la categoría sexo en ningún caso, para justificar tratos ventajosos a los varones, ni tampoco para tratos de ese tipo en procura de favorecer a las mujeres. Por ese motivo, y como segundo efecto, esas categorías así entendidas obran como obstáculo contra la implementación

⁸⁰⁷ Saba, Roberto: *Más allá de la igualdad formal ante la ley...* Ob. Cit., p. 83 y sgtes.

de políticas afirmativas que traten de modo preferencial a grupos estructuralmente desiguales y cuyo diseño busque dismantelar las condiciones que hicieron y hacen de esos grupos castas inadmisibles en un régimen de igualdad de trato, en línea con lo que requiere el principio de igualdad como no sometimiento”⁸⁰⁸.

Sintetiza la idea: “Por eso, no es posible asociar estos listados de criterios prohibidos a priori con políticas tendientes a dismantelar situaciones de desigualdad estructural de grupos: ambos extremos, el de establecer categorías simétricas y el de brindar tratos preferenciales a grupos menos favorecidos, son en principio contradictorias... En términos ontológicos, el principio de no discriminación y el concepto de categoría sospechosa que se le asocia rechazan la existencia de los grupos y, por ende, también la existencia de grupos estructuralmente desiguales, así como la exigencia normativa (constitucional) de dismantelar las situaciones de exclusión y segregación que afectan a su integrantes”⁸⁰⁹.

Aun así, Saba realiza un intento de esbozar una justificación de las categorías sospechosas que no sea incompatible con las políticas de trato preferencial y que concilie una lectura del art.16 y del art. 75, inc. 23 de la Constitución nacional, para lo cual resulta central repensar el significado, la justificación y el propósito de dichas categorías. Ofrece dos opciones interpretativas; “La primera postula considerarlas como expresión del principio de igualdad como no sometimiento y, por lo tanto, no vinculadas a la razonabilidad de medio a fin. La segunda podría resultar aceptable a quienes quisieran insistir en entenderlas como manifestación de relaciones en principio inadmisiblemente desajustadas de medio a fin, pero que serán permitidas sólo cuando exista un interés estatal urgente en dismantelar una práctica de exclusión y sometimiento estructural de una clase”⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ Saba, Roberto: *Más allá de la igualdad formal ante la ley...* Ob. Cit., p. 83 y sgtes.

⁸⁰⁹ Saba, Roberto: *Más allá de la igualdad formal ante la ley...* Ob. Cit., p. 83 y sgtes.

⁸¹⁰ Saba, Roberto: *Más allá de la igualdad formal ante la ley...* Ob. Cit., p. 83 y sgtes.

3. Las categorías sospechosas como una tutela procesal diferenciada para todos los derechos

Las categorías sospechosas, como venimos describiendo, tiene importantes implicancia dentro del proceso judicial, alterando las cargas y posiciones de cada parte, y podemos interpretar que se trata de un tipo de tutela procesal diferenciada que actúa en el ámbito de la igualdad como no discriminación y es aplicable tanto a derechos fundamentales como a derechos patrimoniales.

La influencia y alteración de la distribución de posiciones en los procesos judiciales que generan las categorías sospechosas las explica Saba: “Asignar a una categoría el estatus de sospechosa es relevante, pues coloca al Estado (y quizá también al particular acusado de violar el derecho a ser tratado igual) que la tome como base para el trato diferente en una situación de desventaja procesal frente a quien denuncia el trato desigual inconstitucional. De por sí, este último deberá limitarse a esperar que el demandado demuestre que la presunción en su contra no se sostiene. Por lo tanto, si la designación de la categoría como sospechosa tiene tamaño relevancia, determinar qué convierte a un criterio diferenciador del trato en sospechoso es de suma importancia y trascendencia, pues distribuye cargas argumentativas y probatorias en forma desigual entre las partes del pleito y dificulta justificar el trato diferente y elevar la protección del afectado. Por otro lado, también tiene connotaciones relevantes sobre la presunción de validez de las normas decididas de manera democrática, porque, si bien la regla es que se presumen válidas las normas decididas mediante un proceso deliberativo, cuando la norma establece como criterio diferenciador una categoría sospechosa, la presunción de validez cae y es reemplazada por una de invalidez, pese a que el proceso que llevó a imponerla es epistémicamente superior.”⁸¹¹

⁸¹¹ Saba, Roberto: *Más allá de la igualdad formal ante la ley...* Ob.Cit., p. 86.

Esta lectura sobre el funcionamiento de las categorías sospechosas nos hace ver que en realidad se trata de un tipo especial de tutela procesal diferenciada –que impacta en el principio de igualdad de armas, inclinando la cancha contra el Estado–, que se caracteriza por no estar regulada normativamente en ningún código procesal, sino que es una construcción jurisprudencial realizada por la jueces de nuestra Corte Suprema de Justicia, en adhesión a criterios judiciales de Estados Unidos.

Como lo expuso Saba, este tipo de presunción es aplicada para los casos de desigualdad como discriminación y no como violación a la igualdad estructural, por lo que sus fundamentos se limitan a los casos en que existe una clara prohibición constitucional de utilizar dicha categoría (Art. 20 CN, igualando nacionales y extranjeros) o cuando su irrazonabilidad es patente porque es prácticamente imposible encontrar algún caso en que la categoría justifique un trato diferente, en virtud del principio de razonabilidad (Art. 28 CN). Es decir, esta presunción en contra de las decisiones en las que se encuentren presentes alguna/as categoría/s sospechosa/s, no debiera fundarse en el objetivo de proteger a grupos vulnerables o sistemáticamente discriminados.

4. Las clases preferentes como garantía de igualdad estructural y como una tutela procesal diferenciada de derechos fundamentales y grupos vulnerables

En mi opinión, la clara advertencia de Saba respecto de la contradicción que implica utilizar las categorías sospechosas en casos de medidas de acción positiva, requiere excluir tal presunción para estos casos.

Contrariamente al resultado a que se llega de la aplicación del principio de igualdad como no discriminación para realizar el escrutinio judicial de las acciones afirmativas, debe utilizarse el concepto de *clases preferentes* para fundar una presunción de constitucionalidad de aquellas medidas acción positiva en las que: a) se acepte la existencia de un grupo vulnerable como identidad individualizable, b) que dicho gru-

po haya sido excluido de uno o varios ámbitos laborales, educativos, políticos, etc, por un tiempo considerable constituyendo una situación de sometimiento naturalizada (discriminación sistémica), y c) que esta situación afecte el goce de los derechos fundamentales (no patrimoniales) de sus integrantes.

Es decir, la presencia de una *clase preferente* (mujeres, personas con discapacidad, minorías religiosas, minorías sexuales, extranjeros, etc.) en una decisión que mejore el goce de los derechos fundamentales de sus integrantes debe activar la presunción de constitucionalidad de dichas medidas de acción positiva.

III. Las tutelas procesales diferenciadas en distintos sistemas judiciales

1. Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Corrientes –Ley 5568–

El código ritual para los procesos civiles y comerciales de la provincia de Corrientes adopta una mirada particular y novedosa sobre varias de las cuestiones abordadas en este trabajo. Mi intención aquí es dar cuenta y dejar sentadas dichas reglas procesales, como un ejemplo concreto de alguna de las propuestas pensadas a lo largo de este texto. Por ello, simplemente transcribiré aquellos artículos que entiendo son claves para comprender el espíritu de la norma. Veamos;

En el artículo inicial del código se establece la garantía de la tutelas judicial efectiva, con una especial interpretación del principio de igualdad en el proceso y una expresa mención a las personas en condiciones de vulnerabilidad:

“Artículo 1º. Tutela judicial efectiva. Las normas procesales de este Código se interpretarán con el objeto de lograr la efectividad de los derechos sustanciales, observando los fines sociales del proceso, las exigencias del bien común, la eficiencia, la legalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, procurando afianzar la tutela judicial efectiva, en

especial para los casos de *personas en condición de vulnerabilidad*. *Se asegurará a las partes la igualdad real de oportunidades para la defensa de sus derechos, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio o coloquen a una de ellas en condición de inferioridad jurídica*. El proceso, desde su inicio hasta el cumplimiento de la sentencia, estará sujeto a una duración razonable.”

En su capítulo 6, regula los “Procesos con sujetos vulnerables”, en donde establece aquellas cuestiones procesales indispensables para garantizar esa protección o tutela especial declarada en su artículo 1. Los artículos que lo integran disponen lo siguiente;

“Artículo 46. Aplicación. Las normas de este Capítulo se aplicarán de oficio en los actos y procesos judiciales, de cualquier instancia, donde intervengan personas en condición de vulnerabilidad, siguiendo las normas, principios y directivas de garantía del acceso a la jurisdicción contenidas en la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, y demás normas vigentes.

“Artículo 47. Personas en condición de vulnerabilidad. Se consideran en condiciones de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas, y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.”

“Artículo 48. Acreditación de la condición de vulnerabilidad. La condición de vulnerabilidad deberá ser alegada por la parte interesada en su primera presentación y, de ser sobreviniente, hasta el décimo día de haber tomado conocimiento de la misma, o durante el curso del proceso si su configuración fuese posterior, debiendo acreditarla en grado verosímil. En su caso, el juez deberá ordenar las pruebas que considere necesarias. La parte que conozca o deba conocer, que su contraria se encuentra en condición de vulnerabilidad, deberá hacerlo saber al juez en su primera presentación o dentro de los diez (10) días de haber to-

mado conocimiento de la misma. Su omisión constituirá un indicio en su contra y podrá dar lugar a una multa de hasta el valor de 20 (veinte) jus. Idéntica solución cabrá respecto de la parte que a sabiendas del cese de su condición de vulnerabilidad omitiese informarlo. Si, en cualquier etapa del proceso los jueces advirtieren indicios de que se configura la condición de vulnerabilidad, deberán verificarla. Verificada la condición de vulnerabilidad, el proceso quedará regido por las normas de este Capítulo.”

“Artículo 49. Equipos técnicos interdisciplinarios. Los tribunales en los que intervengan personas en condición de vulnerabilidad contarán con la asistencia de equipos técnicos interdisciplinarios, debiendo asesorar a los jueces y demás funcionarios en las materias relacionadas con su especialidad, mediante la elaboración de informes y articulando las intervenciones con los organismos, personas o instituciones públicas o privadas cuando lo ordene el juez.”

“Artículo 50. Gratuidad de las actuaciones. Las personas en condiciones de vulnerabilidad gozarán de acceso gratuito a la jurisdicción, con los mismos alcances que el beneficio de litigar sin gastos, sin necesidad de solicitarlo. La parte contraria y la oficina de recaudación respectiva podrán acreditar su solvencia, en cuyo caso cesará la gratuidad.”

“Artículo 51. Flexibilidad de las formas. Las formas procesales deben ser flexibilizadas para que se adapten a las condiciones de la persona vulnerable, según la índole de su situación. Hasta la audiencia preliminar podrá modificarse o adecuarse la pretensión cuando resulte evidente que ha sido inicialmente formulada sin suficiente información o asesoramiento en relación a los derechos que asisten a las personas en condiciones de vulnerabilidad. En tal caso el juez deberá arbitrar las medidas para garantizar la bilateralidad.”

“Artículo 52. Concentración de actos. Se adoptarán medidas para concentrar, en lo posible en un mismo día, la realización de los actos procesales en los que debe intervenir la persona en condición de vulnerabilidad, con agilidad y puntualidad.”

“Artículo 53. Asistencia letrada obligatoria. Acompañamiento. Las personas en condición de vulnerabilidad, además de la asistencia letrada obligatoria, podrán comparecer acompañadas por referentes afectivos o de la comunidad, traductor y del intérprete cultural o lingüístico en su caso.”

“Artículo 54. Lenguaje. Información. Los operadores jurídicos deberán utilizar lenguaje sencillo y de fácil comprensión para los actos de comunicación con la persona en condición de vulnerabilidad, evitando emitir juicios de valor o críticas sobre su situación o comportamiento. En la primera oportunidad y durante todo el proceso se le informará al sujeto vulnerable sus derechos y los apoyos que puede recibir. La opinión de la persona en condición de vulnerabilidad deberá ser primordialmente tomada en cuenta y valorada, según las circunstancias del caso.”

“Artículo 55. Tribunal. Traslado. El juez o los funcionarios judiciales deberán trasladarse al lugar donde se encuentren las personas en condiciones de vulnerabilidad cuando las circunstancias lo exijan y disponer todas las medidas necesarias para facilitar la accesibilidad, disponiendo el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) más adecuadas.”

Entiendo que normas procesales de este calibre son un ejemplo de un Poder Judicial con herramientas procedimentales para el correcto tratamiento de las personas que integran grupos vulnerables y un ejemplo de la idea de tutelas procesales diferenciadas.

2. Proyecto de Código Contencioso Administrativo de la provincia de Corrientes

El proyecto de Código Contencioso Administrativo de la provincia de Corrientes (Expediente N° 15874, ingresado a la Legislatura de la Provincia de Corrientes en fecha 26/04/2021), tiene algunas previsiones de tratamiento de las personas que integran grupos vulnerables en protección de sus derechos fundamentales.

Así, en sus fundamentos el proyecto destaca que, entre sus modificaciones; “En orden a brindar una adecuada tutela a personas en estado de vulnerabilidad o cuando se demanda la tutela de derechos irrenunciables, se han flexibilizado los recaudos de admisibilidad de las pretensiones para agilizar el acceso a la justicia.”

Inicia el código en su artículo 1, identificando el principio de tutela judicial efectiva: “Las normas procesales de este código deben interpretarse y aplicarse con el objeto de lograr la efectividad de los derechos sustanciales, observando los fines sociales del proceso, las exigencias del bien común, la eficiencia, la legalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, procurando afianzar la tutela judicial efectiva, en especial para los casos de personas humanas en condición de vulnerabilidad. El proceso, desde su inicio hasta el cumplimiento de la sentencia, debe estar sujeto a una duración razonable.”

En el artículo 22 del proyecto se establecen las excepciones al agotamiento de la vía administrativa de la siguiente forma: “Excepciones. El agotamiento de la vía administrativa previa a que se refieren los artículos anteriores no es necesario cuando una norma expresa lo establezca y cuando:...g) se encuentren involucrados derechos fundamentales e irrenunciables como el derecho a la vida, la salud o la dignidad o de personas en estado de vulnerabilidad social y se alegue fundadamente premura en la resolución de la cuestión.”

Al regular la suspensión judicial de la decisión administrativa y los requisitos de admisibilidad, en su artículo 34, establece: “La resolución que dispone la medida debe especificar el modo y monto de la contracautela a cargo del peticionante. En los supuestos de pretensiones en materia de empleo público, previsional, personas humanas en condición de vulnerabilidad y quienes actúan con beneficio de litigar sin gastos, se exige únicamente caución juratoria.”

Establece el proyecto de código la forma de elaboración y firma de las cédulas judiciales, indicando en su artículo 51, que: “El/la juez debe ordenar que por secretaría se practiquen las notificaciones cuando sea

necesario por el objeto de la providencia, por razones de urgencia o cuando estén en juego derechos de personas humanas en condición de vulnerabilidad en cuanto a ellas interese.”

Por último, al regular el plazo de ejecución de las sentencias dictadas en dicho proceso contencioso administrativo, en su artículo 126, agrega que: “Si se trata de dar sumas de dinero, deben observarse las previsiones especiales que regulan la ejecución de sentencias contra el Estado provincial o municipalidades. Cuando se acrediten situaciones de extrema vulnerabilidad que ameriten mayor urgencia en el cumplimiento de la sentencia, el/la juez podrá fijar un plazo menor.”

3. Anteproyecto de Código Procesal, de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (2021)

En la provincia de Buenos Aires se encuentra en proceso de redacción y discusión participativa el anteproyecto de Código Procesal, de Familias, Civil y Comercial. El anteproyecto fue publicado en www.agendaparticipativa.gba.gob.ar el 5 de agosto de 2021 y se habilitó un proceso participativo a través de la propia página web y mediante el trabajo en 12 comisiones que funcionan en el ámbito de la Subsecretaría de Planificación Estratégica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Según el documento publicado oficialmente: “De acuerdo con lo anterior, los principios que deben guiar, tanto la interpretación de las reglas del Anteproyecto cuanto sus posibles tensiones, son: a) El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, en especial de las personas en situación de vulnerabilidad y grupos subalternizados, de modo que la interpretación y aplicación de reglas se realice en vistas de maximizar el acceso a la justicia y la tutela judicial. b) La igualdad, procurando que la interpretación y aplicación de reglas evite que las desigualdades socioeconómicas, de géneros, culturales y las discapacidades de las partes se traduzcan en desigualdades procesales. c) El

enfoque de derechos y perspectiva de géneros, que estipula que las actuaciones que pongan en práctica reglas deben desarrollarse con esta perspectiva y enfoque.”

Transcribiré a continuación los artículos de interés para esta tesis:

“Artículo 95 (actualizado). Declaración de situación de vulnerabilidad. Ámbito de aplicación.

A pedido de parte, la jueza o juez podrá declarar que una o ambas partes se encuentran en situación de vulnerabilidad por pertenecer a grupos subalternizados, cuando tal circunstancia incida negativamente sobre sus posibilidades de actuación en el proceso.

Se consideran causales de subalternización, entre otras; edad, discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas, migración o desplazamiento interno, situación socioeconómica, géneros, orientación sexual, nivel educativo y privación de libertad.

Para la declaración, se tendrá especial consideración a la interseccionalidad de las causales mencionadas en el párrafo anterior.

El planteo debe formularse de manera fundada con la demanda o contestación, y se resolverá previo aviso a la otra parte. Con posterioridad a esa etapa, el planteo podrá formularse dentro de un plazo razonable después de haber sobrevenido la situación de vulnerabilidad.

La decisión será apelable en forma restringida y con efecto no suspensivo. Una vez firme la declaración, la contraparte podrá promover un incidente para dejarla sin efecto en caso de acreditar hechos sobrevinientes que lo justifiquen.

Las disposiciones que este Código regula para las personas en situación de vulnerabilidad no deben interpretarse como obstáculos para que la jueza o juez, en aplicación de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, adopte otras medidas de especial protección.”

“Artículo 96. Efectos de la declaración de situación de vulnerabilidad. Además de los efectos previstos en este código, la declaración de vulnerabilidad dictada en los términos del artículo anterior implicará el deber de juezas y jueces de dar prioridad al respectivo trámite.”

“Artículo 97. Resolución pendiente. Facultades judiciales. En los casos en los que la resolución se encuentre pendiente, la jueza o juez podrá acordar a la parte los mismos efectos de la declaración en situación de vulnerabilidad, según el estado del trámite y la fuerza de convicción de las pruebas que se encuentren reunidas.”

“Artículo 866. Personas en situación de vulnerabilidad. Nueva prueba. Con el escrito de apelación amplia, las personas en situación de vulnerabilidad podrán ofrecer nueva prueba sobre los hechos ya alegados si les fue imposible o extraordinariamente dificultoso acceder oportunamente a la fuente de prueba o ignoraban su existencia.

*4. Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad*⁸¹²

Las 100 reglas de Brasilia tienen por objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

Dicho documento define el concepto de las personas en situación de vulnerabilidad afirmando que: “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.”

Agrega que: “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La con-

⁸¹² Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad fueron aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008.

creta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.”

También identifica el documento a los destinatarios del contenido de las reglas: a) Los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial; b) Los Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país; c) Los Abogados y otros profesionales del Derecho, así como los Colegios y Agrupaciones de Abogados; d) Las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de Ombudsman. e) Policías y servicios penitenciarios. f) Y, con carácter general, todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

Prevé también la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia, disponiendo que: “Se revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin.”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, que establece como uno de sus objetivos la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, otorgándoles un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Para alcanzar dicho objetivo, recomienda “priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia El origen de esta diferenciación legal puede encontrarse, entre otras fuentes, en los criterios jurisprudenciales de nuestro máximo tribunal federal.

Es de destacar que las reglas de Brasilia incorporan la categoría pobreza como una causa de exclusión social en su numeral siete, siendo un ejemplo clásico del derecho procesal el otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos, o la posibilidad de obtener medidas cautelares con contra cautelas juratorias. Un ejemplo más novedoso resulta la previsión especial para grupos vulnerables, como veremos a continuación, en la ley de medidas cautelares contra el Estado Nacional.

IV. Las tutelas procesales diferenciadas en el proceso contencioso administrativo. La ley de medidas cautelares contra el Estado nacional.⁸¹³

1. Introducción

En este trabajo pretendo analizar una de las leyes recientemente aprobadas por el Poder Legislativo de la Nación, en el marco de la llamada *Democratización de la Justicia*, dedicada a la reglamentación procesal de las medidas cautelares contra el Estado en la esfera federal.

Adelanto mi opinión general favorable respecto del actual proceso histórico de reforma del Poder Judicial conocido como *Justicia Legítima*, encontrando en particular que la ley 26.854 es una norma procesal de avanzada que recepta la moderna doctrina⁸¹⁴ y jurispru-

⁸¹³ El presente trabajo fue realizado en base a la ponencia presentada en el Congreso Nacional sobre la Reforma Judicial “Hacia la democratización de la Justicia”, organizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y realizado el 14 de mayo de 2013 en la Universidad Nacional de La Matanza.

⁸¹⁴ Berizonce, Roberto Omar, “*Tutelas procesales diferenciadas*”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009; Ucin, María Carlota, “*La tutela de los derechos sociales*”, Librería Editora Platense, La Plata, 2011; Nogueira, Juan Martín y Schapiro, Hernán, “Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia”, Librería Editora Platense, La Plata, 2012; Augusto M, *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*, Librería Editora Platense, Buenos Aires,

dencia de la materia, en total cumplimiento de la Constitución Nacional y la normativa internacional de Derechos Humanos. Nuestro sistema judicial no reconoce aún plenamente la operatividad de los derechos económicos, sociales, y culturales negando en muchos casos la posibilidad de exigir en tribunales las obligaciones prescricionales del Estado en materia social⁸¹⁵. Esta situación comenzó a modificarse paulatinamente, gracias en parte a la última reforma constitucional, a la incorporación de normativa internacional protectora de derechos humanos a nuestro ordenamiento interno, a los señeros avances de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación y su seguimiento por tribunales inferiores, a la creación de los fueros contencioso administrativos descentralizados y con jueces especializados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires, a los trabajos de la doctrina y –por último– a la relevancia que nuestra sociedad le ha otorgado al cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos, voluntad popular reflejada en las políticas públicas del Estado Nacional en la última década.⁸¹⁶

1994; Ferrajoli, Luigi, *El Garantismo y la filosofía del Derecho*, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, N° 15;

⁸¹⁵ Como veremos en el desarrollo de este trabajo, aún hoy, en la mayoría de las jurisdicciones provinciales la posibilidad de efectivizar derechos humanos fundamentales se encuentra seriamente limitada –y la mayoría de las veces directamente imposibilitada– por la estructuración de una justicia contencioso administrativa vetusta que desconoce las garantías constitucionales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, en violación de tratados internacionales de protección de Derechos Humanos incorporados a nuestro derecho interno en la reforma constitucional de 1994.

⁸¹⁶ Para una opinión crítica de este proceso histórico, ver Luqui, Roberto Enrique, “Socialización de la Justicia”, *La Ley*, 16 de diciembre de 2011: “La socialización de la justicia es un fenómeno que parte de una idea equivocada de la función que tiene el Poder Judicial en nuestro sistema jurídico político, pues pretende atribuirles a los jueces la misión de controlar la legalidad objetiva y asegurar el ejercicio regular y eficiente de las funciones de la Administración. Más aún, se ha sostenido que los jueces tienen la misión de hacer efectivas las políticas públicas...La finalidad es aparentemente loable, pero peligrosa, porque tiende a transformar nuestro sistema liberal en un sistema paternalista, al proceso dispositivo que adoptó la legislación nacional

La nueva ley de cautelares contra el Estado Nacional es la primer norma procesal de relevancia que reconoce expresamente la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en nuestro país. Además de la trascendencia jurídica y cultural de tal reconocimiento en relación con la exigibilidad de tales derechos, esta norma protege en forma diferenciada a sectores socialmente vulnerables en su derecho a una vida digna, y en especial garantiza los derechos económicos sociales y culturales de los sectores populares de la sociedad (salud, derechos alimentarios, ambientales, laborales, etc.), como hasta ahora ninguna norma procesal lo había hecho, cumpliendo con el principio internacional en materia de derechos económicos sociales y culturales que dispone que los Estados deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, concediéndoles una atención especial y diferenciada.⁸¹⁷

Así, la nueva ley recoge los principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos –ambos reinterpretados por la Corte Suprema de Justicia a la luz de la Constitución Nacional y de la normativa internacional de los Derechos Humanos– constituyendo una novedosa política pública de tutela procesal diferenciada llevada a cabo por el Poder Legislativo de la Nación.

Lo dicho hasta aquí no me lleva a desconocer que algunos aspectos de la ley han sido objeto de críticas y observaciones por parte de la doctrina⁸¹⁸

en proceso inquisitorio, todo lo cual implicaría un regreso al Estado policía. Además existe un trasfondo de corporativismo. Y de ahí a la dictadura hay un paso, aunque tenga un origen democrático”, p.3.

⁸¹⁷ Ver Observaciones generales N° 3 y N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁸¹⁸ Gozaini, Osvaldo Alfredo, “*Medidas Cautelares contra el Estado*”, La Ley, Edición del 06/05/13. También respecto del proyecto de modificación ampliar en Ratti Medaña, Florencia Soledad, “*Los proyectos de Ley de Modificación del Régimen de Medidas Cautelares contra la Administración; reflexiones críticas*”, DJ, 17/02/2013, p.95.

e instituciones académicas⁸¹⁹, así como de otros sectores de opinión de

⁸¹⁹ **Declaración del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires** a raíz de los proyectos sobre Reforma Judicial ingresados en el Senado de la Nación (www.derecho.uba.ar): “La idea general del proyecto sobre medidas cautelares apunta más a custodiar los intereses del Estado que a tutelar los derechos de las personas. No asume una perspectiva de derechos humanos, que hoy es esencial para toda legislación democrática y, por ello, desconoce las obligaciones contraídas en virtud de tratados de derechos humanos con rango constitucional. En caso de conflicto entre los derechos humanos y razones basadas en el interés general o el bien común, la perspectiva de derechos humanos afirma la preeminencia de los derechos, también lo hace la Constitución Nacional. El proyecto asume la visión contraria, que no es novedosa: hace prevalecer el llamado interés general (que usualmente coincide con los intereses del partido de gobierno). Ataca los síntomas de un problema real, pero no las causas. Las medidas cautelares hoy se extienden excesivamente porque los procesos judiciales son demasiado largos, lo que conlleva una masiva denegación de justicia, que generalmente perjudica a las personas y grupos más vulnerables. Es urgente abrir una reflexión sobre cómo agilizar estos procedimientos y cómo brindar soluciones justas a los problemas de la ciudadanía. El proyecto perjudica a los ciudadanos cuyos derechos han sido violados por el Estado, al establecer un plazo máximo de seis meses (prorrogable por otros seis) cuando los procedimientos judiciales duran en general varios años. El problema es que la idea misma de las medidas cautelares es que duren mientras dure el proceso, si no, no tienen sentido. El texto del artículo 9 es particularmente preocupante, en tanto establece que “Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”. Resulta difícil imaginar una medida cautelar que ordene salvaguardar un derecho humano de los ciudadanos, que en muchos casos implica la provisión de servicios, que no requiera afectar en manera alguna los recursos del Estado”; **Declaración del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata** (www.jursoc.unlp.edu.ar): “La limitación de medidas cautelares está orientada a tutelar los intereses del Estado y no los derechos de todas las personas, apartándose de lo establecido por instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Argentina”; **Informe del Instituto de Cultura Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP**: “Respecto al proyecto referido a las medidas cautelares (mensaje PEN 377), consideramos que el proyecto del PEN, aún con las modificaciones introducidas, no establece un equilibrio entre quienes reclaman, en forma urgente, una limitación efectiva al poder del Estado, cuando éste violenta sus derechos. Existe un análisis valioso y vigente que ha realizado Botassi, destacando los obstáculos históricos, frecuentemente insalvables, para las personas cuando tienen que enfrentar las decisiones de los órganos gubernamentales. Las personas individuales deberían tener un acceso irrestricto a la administración de justicia. Diferente es la situación, objetivamente, de los grupos de poder (“corporaciones”) cuando utilizan las medidas cautelares para dilatar las decisiones judiciales de fondo, en los casos en que estas resultarían contrarias a sus intereses económicos. Consideramos este tipo de prácticas como ilegítimas desde el punto de vista social y como mínimo cuestionables desde lo jurídico-institucional. No obstante, resulta imperioso comprender cabalmente las consecuencias indeseables que podría acarrear el acrecentamiento de las herramientas de contención del Estado. En este punto no estamos de acuerdo con el fortalecimiento del poder

nuestra sociedad⁸²⁰, compartiendo algunos aspectos de tales objeciones,

del Estado frente a las personas –especialmente los sectores vulnerables, que son los mayoritarios–. Constituiría un retroceso para su protección jurídica y social”; **Informe del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP** (www.derechoshumanos.unlp.edu.ar): “Sobre las medidas cautelares. La restricción de los supuestos de procedencia de las medidas cautelares, aquellas que debieran caracterizarse por su eficacia, es decir por la efectiva capacidad de proteger y garantizar el disfrute de derechos en el marco de procesos judiciales entablados frente a presuntos atropellos provenientes de particulares o del Estado, afecta el concepto mismo de la tutela judicial oportuna. El proyecto de modificación inicial generaba preocupación, similar a la que motiva hoy la ley nacional N° 26.854, a pesar de los cambios experimentados antes de su reciente aprobación. Dicha norma merece un estudio profundo en perspectiva de derechos humanos, siendo, sólo a título de ejemplo, inicialmente preocupante la limitación de su ámbito de aplicación, como así también la ambigüedad con las que se expresan los supuestos protegidos en el artículo 2. Así, se habla de “sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso” sin determinar parámetros válidos de medición, o se alude al caso en el que “se encuentre comprometida la vida digna conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos” sin que el referido instrumentos recepte de ese modo al derecho señalado. Aún cuando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado un valioso desarrollo del llamado “proyecto de vida”, la construcción jurídica no es pacífica en la producción del tribunal, ya que en casos que han sido fácticamente similares no siempre ha referido al “proyecto de vida” o a la “vida digna” en sus abordajes al interpretar y aplicar el artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica. También debe evaluarse el alcance de los derechos expresamente tutelados, “a la salud, a un derecho de naturaleza alimentaria”, e incluso el de “un derecho de naturaleza ambiental”, y la omisión de otros tales como la integridad física, psíquica y emocional, la libertad personal, la libertad sindical, el acceso a la información pública, o la educación, entre otros. Otra cuestión a revisar cuidadosamente es la posible afectación de derechos esenciales que puedan desprenderse de la puesta en marcha del nuevo mecanismo de informe previo que la ley exige, lesionando la inmediatez de los pronunciamientos judiciales frente a las circunstancias que la ameriten, propias de la naturaleza del remedio procesal. Asimismo, también alarma la amplitud de las restricciones frente a la llamada afectación de los recursos y bienes del Estado, previstas en el artículo 9, la limitada exención de la contracautela contemplada en el artículo 11, y los efectos de la suspensión de un acto estatal”, entre otros.

⁸²⁰ Entre las opiniones de Organizaciones no Gubernamentales dedicadas a la justicia y los derechos humanos se destacan; Opinión del **Centro de Estudios Legales y Sociales** (CELS, www.cels.org.ar): “La idea general del proyecto sobre medidas cautelares apunta más a custodiar los intereses del Estado que a tutelar los derechos de las personas. No asume una perspectiva de derechos humanos, que hoy es esencial para toda legislación democrática y, por ello, desconoce las obligaciones contraídas en virtud de tratados de derechos humanos con rango constitucional. En caso de conflicto entre los derechos humanos y razones basadas en el interés general o el bien común, la perspectiva de derechos humanos afirma la preeminencia de los derechos, también lo hace la Constitución Nacional. El proyecto asume la visión contraria, que no es novedosa: hace prevalecer el llamado interés general (que usualmente coincide con los intereses del partido de gobierno). Ataca los síntomas de un problema real, pero no las causas. Las medidas cautelares hoy se extienden excesivamente porque los procesos judiciales

pero –al mismo tiempo– no dejando de destacar que en muchos casos

son demasiado largos, lo que conlleva una masiva denegación de justicia, que generalmente perjudica a las personas y grupos más vulnerables. Es urgente abrir una reflexión sobre cómo agilizar estos procedimientos y cómo brindar soluciones justas a los problemas de la ciudadanía. El proyecto perjudica a los ciudadanos cuyos derechos han sido violados por el Estado, al establecer un plazo máximo de seis meses (prorrogable por otros seis) cuando los procedimientos judiciales duran en general varios años. El problema es que la idea misma de las medidas cautelares es que duren mientras dure el proceso, si no, no tienen sentido. El texto del artículo 9 es particularmente preocupante, en tanto establece que “Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”. Resulta difícil imaginar una medida cautelar que ordene salvaguardar un derecho humano de los ciudadanos, que en muchos casos implica la provisión de servicios, que no requiera afectar en manera alguna los recursos del Estado”; opinión de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC, www.adc.org.ar): “La propuesta de limitación de las medidas cautelares en los casos que una parte sea el Estado nacional o sus entes descentralizados disminuye la protección de los derechos humanos que no sean a la vida, a la salud o cuando se trate de cuestiones alimentarias. El proyecto además resulta una medida del derecho administrativo aislada de los principios básicos de nuestra Constitución; tiene por objetivo favorecer la posición del Estado frente a los reclamos de los ciudadanos. Las reformas impulsadas por el gobierno desvirtúan severamente una valiosa herramienta procesal, que resulta fundamental al momento de poner freno a actos del Estado arbitrarios y lesivos de los derechos de los individuos. Su mal uso por parte de una minoría nunca debería haber dado lugar a una reacción exagerada de tamaño envergadura como la impulsada por el gobierno, que terminará disipando los valiosos institutos de protección de derechos obtenidos tras décadas de lucha, de discusiones jurídicas y debates políticos en pos del freno a la discrecionalidad e impunidad del Estado.”; Poder Ciudadano: “La regulación de las medidas cautelares como la creación de nuevas Cámaras de Casación no son medidas que vayan a mejorar el sistema judicial. En el caso de las cautelares las limitaciones propuestas plantean una fuerte disparidad entre los derechos de defensa del Estado y el de los ciudadanos. La creación de nuevas Cámaras de Casación generará mayores dilaciones a los ya lentos trámites judiciales. Poder Ciudadano considera que estos proyectos ponen en juego la calidad de la democracia e invita a la ciudadanía a participar de un debate amplio en pos del mejoramiento de la justicia en la Argentina.” Además, las siguientes organizaciones no gubernamentales; Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ); Asociación por los Derechos Civiles (ADC); Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas; CIPPEC (Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento); Consumidores Libres; Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN); Fundación Directorio Legislativo; Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (FUNDEPS); Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura (FECIC); Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (FORES); Unidos por la Justicia; Poder Ciudadano, en un documento conjunto expusieron la siguiente opinión: “Sobre la propuesta de limitar las medidas cautelares: Las medidas cautelares tienden a hacer efectivo el derecho constitucional a la defensa en juicio y a proteger con eficacia derechos constitucionales vulnerados, tanto por privados como por el Estado nacional, las provincias o los municipios. Su restricción implica un retroceso en la protección del derecho de las per-

se trata de las clásicas prerrogativas procesales –integrantes del régimen exorbitante del derecho privado– presentes en todos los sistemas procedimentales de la justicia contencioso administrativa provinciales y federal. Así, hoy en día, las estructuras judiciales en las que se juzga a los Estados en la Argentina desconocen las garantías constitucionales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, en violación de tratados internacionales de protección de Derechos Humanos incorporados a nuestro ordenamiento interno en la reforma constitucional de 1994. Es por ello que una crítica descontextualizada que ponga la lupa sólo en una parte del complejo sistema de justicia encargado de controlar a los Estados, sin reparar un minuto en su estructura general, en sus normas constitutivas, en sus procedimientos judiciales, en sus prácticas cotidianas, en su funcionamiento defectuoso, puede convertirse en el árbol que no nos deje ver el bosque.

En este sentido, debo reconocer que el trascendente paso dado mediante la sanción de la ley 26.854 en el camino hacia la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales, será insuficiente si no se proyecta y materializa una reforma integral de la justicia administrativa argentina –federal y locales– que proteja en forma diferenciada a los grupos vulnerables, garantizándoles una prioritaria tutela procesal de sus derechos fundamentales.

sonas a una respuesta judicial oportuna. Las medidas cautelares fueron incorporadas para proteger a las personas de los abusos de Estado, han sido una herramienta clave utilizada en la historia de nuestro país y corrigen la asimetría de poder entre el Estado y los particulares. Su limitación menoscaba los derechos humanos cuya protección tanto nos costó conseguir. A su vez, eliminar la caución juratoria en el otorgamiento de las medidas cautelares y la consecuente exigencia de depositar las sumas de dinero necesarias para afrontar posibles daños y perjuicios derivados de la medida representa una manifiesta violación al derecho de acceder a la justicia y a la igualdad ante la ley de quienes no cuentan con los recursos para hacerlo. En la práctica impide que puedan dictarse medidas cautelares frente a obras de gran valor patrimonial (como, por ejemplo, inversiones mineras, hidroeléctricas y de infraestructura de cualquier tipo). Los abusos que en muchos casos se producen en el uso de las cautelares deben remediarse mediante una evaluación del comportamiento de los jueces y litigantes en el caso de que se trate, pero en modo alguno justifican la imposición de restricciones en el derecho a peticionar y obtener medidas de protección cautelar, especialmente cuando los juicios duran varios años debido a la falta de tribunales y la burocracia de los procedimientos.”

Por último, en cuanto a los planteos sobre la inconstitucionalidad de la nueva ley, éstos serán resueltos por los magistrados intervinientes en las causas concretas en que se puedan ver afectados derechos fundamentales por la aplicación de esta norma procesal, recordando que es obligación de los jueces en su tarea interpretativa aplicar la legislación interna de forma tal que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado, posibilitando la plena protección de los derechos humanos.⁸²¹

Más allá de la propia valoración positiva de la norma en análisis – postura epistemológicamente intersubjetiva –, propongo desarrollar argumentos concretos respecto de cada disposición de la nueva ley, y poner en discusión el texto y contexto de la norma en cuestión, evitando afirmaciones dogmáticas, generalizaciones sin fundamento y opiniones carentes de motivación. Bajo el cumplimiento estricto de dichas premisas, todo diálogo y discusión –necesariamente– darán buenos frutos.

2. Conceptualización de las medidas cautelares en el derecho procesal administrativo

Las medidas cautelares reflejan una actividad de tipo preventiva dentro del proceso que, enmarcado en esa objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro, a partir de la base de un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca al peticionante, según las circunstancias, y exigiendo el otorgamiento de garantías

⁸²¹ El Poder Judicial se ha manifestado en dos causas iniciadas pretendiendo la declaración de inconstitucionalidad de la ley 26.854, disponiendo su rechazo, en un caso por ser prematura y en otro por la inexistencia de caso, causa o controversia. En la causa “Gil Domínguez, Andrés c/ EN- PEN s/ amparo 16.986”, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8, rechazó la demanda por impugnar la misma un proyecto de ley aún no aprobado por el Poder Legislativo (Ver. La Ley de fecha 06/05/2013, p. 11). En la causa “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ EN-PEN-Ley 26854 s/ proceso de conocimiento”, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5, en resolución de fecha 07-05-2013, resolvió el rechazo “in límine la acción declarativa de inconstitucionalidad intentada en autos por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal por improcedente por inexistencia de caso, causa o controversia (conf. art. 116 de la CN y art. 2° de la ley 27)” (Ver La Ley, de fecha 10/05/2013, p. 7).

suficientes para el caso de que la petición no reciba finalmente auspicio, anticipa los efectos de la decisión de fondo ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existente o, a veces, la innovación del mismo según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento.⁸²²

Los requisitos clásicamente establecidos para la procedencia de medidas cautelares contra el Estado son: 1) Verosimilitud del derecho⁸²³; 2) Peligro en la demora, 3) No afectación del interés público y 4) contracautela. Los requisitos de verosimilitud del derecho invocado y del peligro que se cause un daño grave e irreparable, se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del *fumus* se debe atenuar.

El requisito característico del derecho procesal administrativo para la procedencia de una medida cautelar contra el Estado es la no afectación de un interés público, criterio expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver la causa “Astilleros Alianza vs. Nación Argentina”.⁸²⁴

⁸²² De Lázzari, Eduardo, “*Medidas Cautelares*”, Librería Editora Platense, La Plata, 1995. Ampliar en Camps, Carlos Enrique; “*Tratado de las medidas cautelares*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012. Ver también el completo trabajo de Rizzi, Guillermo “Protección Cautelar en el Derecho Contencioso Administrativo”, en la obra de Camps, Carlos Enrique (director), “*Tratado de las Medidas Cautelares*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 1545 y sgtes.

⁸²³ Deberá invocarse un derecho verosímil en relación al objeto del proceso. Debe entenderse como la probabilidad de que el derecho existe, y no como una incontestable realidad, que sólo se logrará al final del proceso. No se requiere la prueba plena del mismo, siendo suficiente su acreditación *prima facie*. Se vincula con las características del acto administrativo –presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria–, que hacen a las prerrogativas del régimen exorbitante del derecho privado. Pustelnik. Nulidad manifiesta. La existencia de un vicio manifiesto compromete la presunción de legitimidad. El fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un examen sumario encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido.

⁸²⁴ CSJN, *Fallos* 314:1202; “De ahí, pues, que a los requisitos exigibles para la admisión de toda medida cautelar, cuando se trate de semejante a la ordenada en autos deba agregarse la acreditación del peligro irreparable en la demora y, además, la ineludible consideración del interés público”.

Las medidas cautelares se caracterizan por su accesoriedad, provisoriedad y transitoriedad, y –como lo explica Gozáini con precisión: “A partir de la instrumentalidad se derivan las notas características de las medidas cautelares: sumariedad del conocimiento y cosa juzgada formal; provisionalidad de las disposiciones sobre la materia como de las medidas que se dictan en consecuencia; mutabilidad o variabilidad de las precautorias dispuestas; discrecionalidad para resolver el tipo de medidas cautelares; preventividad como fundamento y razón de procedencia; y responsabilidad emergente por los daños potenciales que pueda ocasionar la traba, dentro del cual se encuentra, la caducidad de las medidas”⁸²⁵.

3. El nuevo régimen de la Ley 26.854. Un ejemplo de política pública de tutela procesal diferenciada

3.1 .El derecho procesal administrativo y el régimen exorbitante del derecho privado

Antes de ingresar al análisis de la ley en estudio, y a fin de contextualizar en el tipo de proceso judicial que se enmarca la nueva regulación de las medidas cautelares contra el Estado Nacional, debo desarrollar brevemente el estado actual del derecho procesal administrativo en la Argentina, y en especial detenerme en los sistemas de justicia administrativa vigentes en las jurisdicciones provinciales.

El derecho procesal administrativo es el conjunto de normas y principios que reglamentan los juicios en que el Estado es parte o en los que una de las partes ejerce una función administrativa por delegación estatal⁸²⁶, siendo uno de los clásicos ámbitos en el que las prerrogativas estatales se hacen presente.⁸²⁷ Un ejemplo de ello lo constituyen los requisitos especia-

⁸²⁵ Gozáini, Osvaldo Alfredo, “*Medidas Cautelares contra el Estado*”, La Ley, Edición del 06/05/13, p.3.

⁸²⁶ La atribución material de competencia de la justicia administrativa puede variar según se adopte en el ordenamiento jurídico un criterio subjetivo, material o mixto.

⁸²⁷ González Pérez, Jesús, “Derecho procesal administrativo hispanoamericano”, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

les de habilitación de la instancia judicial en materia administrativa que obligan a los ciudadanos en determinados casos a reclamar en forma previa ante la propia administración pública, agotando la instancia administrativa, presentando la demanda en un breve plazo de caducidad, o cumpliendo con el pago previo exigido por el principio *solve et repete*. En el ámbito cautelar la tradicional prerrogativa procesal se manifiesta en la incorporación del requisito de no afectación del interés público para la procedencia de tales medidas contra el Estado⁸²⁸. Finalmente, respecto de las sentencias contra el Estado, en muchos casos tienen efecto declarativo, son de difícil ejecución y no existen procesos especiales de cumplimiento en casos complejos de afectación de derechos colectivos o bienes de la comunidad. A esto deben adicionarse dos principios respecto de la actuación administrativa que dificultan su escrutinio judicial, la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, prevista legalmente en la esfera nacional y en muchas regulaciones provinciales. Este arsenal de medidas, principios y limitaciones de la revisión judicial de la actividad estatal se encuentra presente –en mayor o menor medida– desde su nacimiento en todas las legislaciones procesales administrativas en los ámbitos federal, de las provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.⁸²⁹

⁸²⁸ Padrós, Ramiro Simón, “La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004. Al respecto dijo: “Como sucedió con la interpretación acerca de la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, la materia cautelar ha estado por tradición sujeta a una visión particularmente restrictiva sobre la posibilidad de disponerse medidas provisionales que modifiquen los efectos propios de los actos administrativos y, dentro de esta categoría, sólo respecto de aquellos actos ejecutorios con capacidad para provocar una transformación en la situación jurídica del demandante.”, p. 125.

⁸²⁹ Ampliar en Argañarás, Manuel: “*Tratado de lo contencioso administrativo*”, Editorial Lex, Buenos Aires, 1988; Aberastury, Pedro: “La Justicia Administrativa”, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006; Berizzone, Roberto O: “*Efectivo acceso a la justicia*”, Librería Editora Platense, La Plata, 1987; Bielsa, Rafael: “*Sobre lo contencioso-administrativo*”, editorial Catellvi, Sante Fe, 1964; Botassi, Carlos (coordinador): “*El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*”, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2000; Dana Montañón, Salvador M: “*Código de procedimientos de lo Contencioso-Administrativo para la provincia de Buenos Aires. Comentario y Jurisprudencia*”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1955; D’Argenio, Inés: “*La justicia administrativa en Argentina. Situación actual. Necesidad de su adaptación a nuestro sistema institucional*”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003; De Santis, Gustavo Juan: “*El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva*”, Librería

En el ámbito federal no existe un código procesal administrativo,

Editora Platense SRL, La Plata, 1995; Diez, Manuel María: “*Derecho procesal administrativo (lo contencioso administrativo)*”, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1996; Fiorini, Bartolomé: “¿Qué es el contencioso?”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965; García de Enterría, Eduardo: “*La lucha contra las inmunidades del poder*”, Editorial Civitas, Madrid, 1995; “*Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*”, Editorial Civitas, Madrid, 1998; “*Democracia, jueces y control de la administración*”, Editorial Civitas, Madrid, 1998; García Pullés, Fernando R: “*Tratado de lo contencioso administrativo*”, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2004; González Pérez, Jesús: “*Derecho procesal administrativo hispanoamericano*”, Editorial Temis SA, Bogotá, 1985; “*El derecho a la tutela jurisdiccional*”, Editorial Civitas, Madrid, 1989; Gordillo, Agustín: “*La Administración paralela*”, Editorial Civitas, Madrid, 1982; “*Después de la reforma del Estado*”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996; “*Derechos Humanos*”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997; Grau, Armando Emilio: “*Habilitación de la instancia contencioso administrativa*”, Librería Editora Platense, La Plata, 1971; Hutchinson, Tomás: “*La acción contenciosoadministrativa*”, F.D.A., 1981; “*Código Procesal Contencioso Administrativo. Provincia de Buenos Aires. Concordado y comentado. Jurisprudencia*”, Scotti Editora, Avellaneda, 2005; Palacio, Julio A: “*La acción contencioso administrativa*”, Editorial Fides, La Plata, 1975; Rejtman Farah: “*Impugnación Judicial de la Actividad administrativa*”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000; Retortillo, Cirilo Martín: “*Nuevas notas sobre lo Contencioso Administrativo*”, Ediciones Aguilar SA, Madrid, 1951; Rosatti, Horacio: “*El derecho a la jurisdicción antes del proceso*”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984; Sammartino, Patricio Marcelo: “*Principios Constitucionales del Amparo Administrativo*”, Editorial Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003; Tribiño, Carlos: “*El Fiscal de Estado. La representación judicial del Estado y el control de la actividad administrativa*”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001; Tristán Bosch: “*¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública*”, Víctor P. De Zavalia editor, Buenos Aires, 1951; Tawil, Guido Santiago: “*Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993; Ubierna Eusa, José Antonio: “*De lo contencioso Administrativo*”, Librería General Victoriano Suarez, Madrid, 1948; Maljar, Daniel Edgardo: “*El proceso contencioso administrativo en la nación y en la provincia de Buenos Aires. La nueva justicia administrativa*”, Editorial Ad- Hoc, Buenos Aires, 2002; Mairal, Héctor A: “*Control judicial de la administración pública*”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984; Martín-Retortillo, Cirilo: “*Nuevas notas sobre lo contencioso administrativo*”, Aguilar SA de Ediciones, Madrid, 1951; Morello, Augusto M: “*El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*”, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1994; Vallefin, Carlos A: “*Proceso administrativo y habilitación de instancia*”, Librería Editora Platense, La Plata, 1994; Varela, Luis: “*Estudio sobre lo Contencioso-Administrativo*”, Tureano, Varel y C° Editores, Montevideo, 1901; Andreucci, Carlos A: “*Sin fuero no rige el nuevo Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad declarada de oficio*” ED, 176, 747; Bezzi, Osvaldo M, Bezzi, Ana María y Bezzi Osvaldo H: “*El cambio jurisprudencial de la Suprema Corte de Buenos Aires sobre los requisitos de admisibilidad de la demanda contencioso administrativa*”, La Ley, 1997-D, 102; Bidart Campos, Germán: “*El Pacto de San José de Costa Rica y el acceso fácil a la justicia*”, El Derecho, 137, 314; Botassi, Carlos A y Morello, Augusto: “*Amparo por omisión política: la puesta en marcha del fuero contencioso-administrativo en la provincia de Buenos Aires*”, JA 2003-II-172. Botassi, Carlos A: “*Un cambio sustancial en el*

quedando el trámite judicial reglado, en cuanto a los requisitos de habi-

proceso administrativo bonaerense”, JA 2002-IV-69: “Legalidad y control judicial de la Administración pública en la provincia de Buenos Aires”, La Ley- 1987-B, 1118: “Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos”, La Ley- 2000-F, 594: “Proceso administrativo bonaerense con base en el interés legítimo (Un fallo histórico)”, La Ley 1996-C, 20: “El nuevo fuero y los casos de responsabilidad del Estado”, JA 2000-III-1141: “El derecho frente a la corrupción política”, JA 2002-I-1029: “Ejecución de sentencias contra el Estado. En el nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires”, La Ley 2000-E, 1116: “Contrarreforma del proceso administrativo bonaerense (inconstitucionalidad parcial de la ley 13101)” JA, revista de fecha 3/11/04: “La defensa del Estado en el nuevo Código Procesal Administrativo”, ED, 197, 456; Carrillo, Pedro: “La regla del solve et repete y la ejecutoriedad del acto administrativo”, La Ley, 30, 1090; Cassagne, Juan C: “La legitimación procesal (en el Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires), JA SDA, 3 de noviembre de 2004, pág. 32: “El acceso a la justicia administrativa”, La Ley, Suplemento del 16 de junio de 2004; Christensen, Eduardo Alberto: “El solve et repete (incidencia de la reforma constitucional)” La Ley, 1996-B, 1189; Fiorini, Bartolomé: “Sistema y crítica del código contencioso administrativo de la Prov. de Buenos Aires”, La Ley, 96, 829; Gambier, Beltran y Mamberti, Carlos: “El recurso de revocatoria, la habilitación de instancia contencioso administrativa y una incongruencia jurisprudencial”, La Ley- 1987-D, 1215; Giuliani Fonrouge, Carlos: “Acerca del Solve et Repete”, La Ley, 82, 616. Gordillo, Agustín: “Privación sistemática de justicia en la provincia de Buenos Aires”, La Ley 1995-D, 299: “Un día en la justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional”, La Ley, 1995-E, 988: “Privación sistemática de justicia 2 (dos) en la provincia de Buenos Aires”, La Ley, 1996-C, 39: “La justicia administrativa en la provincia de Buenos Aires (una contrarreforma inconstitucional)”, ED Administrativo, 30 de noviembre de 2001, pág.1: “Axel en la justicia administrativa de la provincia de Buenos Aires”, RAP, N°13, 11; Hutchinson, Tomás: “La actualidad de un viejo código”, La Ley- 1983-A, 389. “El recurso administrativo previo como mera traba ritual para impedir el acceso a la justicia”, ED 8/9/87: “Legitimación suficiente para entablar la acción contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires”, ED, 113, 629: “La proyectada reforma constitucional en la Provincia de Buenos Aires. Oportunidad para cambiar la justicia contencioso administrativa”, La Ley, 1989-E, 1254; Jarach, Dino: “Constitucionalidad del principio solve et repete”, La Información, T° XXXIX, pág. 179; Linares, Juan Francisco: “Lo contencioso administrativo en la Prov. de Buenos Aires (La deformación jurisprudencial de un código)”, La Ley- 96, 852; Cabral, Pablo Octavio y Maljar, Daniel: “El solve et repete en el nuevo código contencioso administrativo”, El Derecho, 29/9/2000: “Responsabilidad del Estado por no poner en marcha la nueva justicia administrativa bonaerense”, JA, 20 de diciembre de 2000; Marafuschi, Miguel Angel: “Reflexiones acerca de la conveniencia y oportunidad de la modificación de la competencia de la Suprema Corte de Buenos Aires en materia contencioso administrativa”, La Ley, 1989-E, 1260; Martiarena, Juan J: “Fundamentos constitucionales del proceso administrativo en la provincia de Buenos Aires”, JA, número especial del 23 de agosto de 2000.; Padilla, Miguel M: “La tutela del debido proceso legal mediante la acción de amparo”, ED-113, 349; Perrino, Pablo: “El régimen de agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense”, ED 184, 825: “El plazo para deducir la pretensión procesal administrativa en el Código Procesal Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires”, JA SDA, 3 de noviembre de 2004, pág. 45; Rodríguez Fox, Alberto: “Litigantes pudientes y no pudientes”, La Ley-T°, 1130; Santamaría

litación de instancia en la ley nacional de procedimientos administrativos (Ley 19.549)⁸³⁰ y respecto del proceso en sí, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁸³¹.

Los procesos contencioso administrativos en los que tramitan los juicios contra los Estados provinciales y sus municipios pueden ser clasificados según el modelo de justicia administrativa que construyen. Un primer grupo histórico encabezado por el Código Contencioso Administrativo “Varela” de la provincia de Buenos Aires⁸³² de 1905⁸³³ (hoy

Pastor, Juan A: “Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa”, RAP, N° 77, pág. 83; Spacarotel, Gustavo: “El nuevo fuero contencioso administrativo. Garantía del estado de derecho”, RAP, N° 13, pág. 25; Tawil, Guido Santiago: “El Código Varela y la necesidad de una profunda transformación en el contencioso administrativo provincial argentino”, La Ley-189-A, 1127; Tribiño, Carlos R: “El recurso administrativo de revocatoria y habilitación de la instancia contencioso administrativa”, La Ley- 67, 735: “El plazo de extinción de la acción contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires”, La Ley, 1990-D, 785: “La exigencia del Solve et Repete en el régimen contencioso administrativo bonaerense”, JA, 1985-III-632; Valcarce, Arodin: “Derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia”, JA-1996, 736; Villanfañe, Homero: “Estado actual del fuero contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires”, JA SDA, 3 de noviembre de 2004, pág.7.

⁸³⁰ Cassagne, Juan Carlos, “Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009; Comadira, Julio Rodolfo, “Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003.

⁸³¹ Ver Rejtman Farah, Mario, “Impugnación judicial de la actividad administrativa”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000.

⁸³² Ley 12.008 (modif. por ley 13.101), Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1998. Ampliar en Isabella, Diego P. (director), “Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. La Justicia Administrativa”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010; Botassi, Carlos (coordinador): “El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires”, Librería Editoria Platense, Buenos Aires, 2000; Dana Montaña, Salvador M: “Código de procedimientos de lo Contencioso-Administrativo para la provincia de Buenos Aires. Comentario y Jurisprudencia”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1955; Caiella, Pascual y Pittatore, Pamela, “Alcances del nuevo proceso contencioso administrativo bonaerense. Hacia la justiciabilidad plena de la actuación administrativa”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 91 y sgtes.

⁸³³ Dana Montaña, Salvador M: “Código de procedimientos de lo Contencioso-Administrativo para la provincia de Buenos Aires. Comentario y Jurisprudencia”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1955; Linares, Juan Francisco: “Lo contencioso administrativo en la Prov. de Buenos Aires (La deformación jurisprudencial de un código)”, La Ley- 96, 852.

derogado) y seguido por las provincias de Salta⁸³⁴, Mendoza⁸³⁵, Catamarca⁸³⁶, Córdoba⁸³⁷, Corrientes⁸³⁸, Chaco⁸³⁹, Entre Ríos⁸⁴⁰, La Rioja⁸⁴¹,

⁸³⁴ Ley 793, Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1908. Ampliar en Padrós, Ramiro Simón, “El Contencioso Administrativo en la Provincia de Salta”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 301 y sgtes.

⁸³⁵ Ley 3918, Código Procesal Administrativo, sancionada y promulgada en 1973. Ampliar en Pérez Hualde, Alejandro, “El proceso administrativo en Mendoza. Constitución provincial, Código Procesal Administrativo y jurisprudencia”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 249 y sgtes.

⁸³⁶ Ley 2403, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1971. Ampliar en Peracca, Ana G y Pernasetti, Laureano H, “El sistema contencioso administrativo en la Provincia de Catamarca”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 783 y sgtes.

⁸³⁷ Ley 7182, Código Procesal Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1984. Ampliar en Vélez Funes, Ignacio María (director), “Derecho Procesal Administrativo”, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003. Ver también Sesin, Domingo J, “El contencioso de Córdoba y la Habilitación de Instancia”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 175 y sgtes. Ver también Villafañe, Liliana, “Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de la Provincia de Córdoba. Ley 7182. Notas y Comentarios. Jurisprudencia. Modelos de Escritos”, Editorial Lerner, Córdoba, 2006.

⁸³⁸ Ley 4106, Proceso Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1986. Ampliar en Sotelo de Andreau, Mirta G, “El sistema procesal administrativo en la Provincia de Corrientes”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 507 y sgtes.

⁸³⁹ Ley 848, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1967. Ampliar en Leguizamón, Gustavo, “Lo contencioso administrativo en la Provincia del Chaco”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 667 y sgtes.

⁸⁴⁰ Decreto Ley 7061, Código Procesal Administrativo, sancionada y promulgada en 1983. Ampliar en González Elías, Hugo, “El contencioso administrativo en la Provincia de Entre Ríos”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 451 y sgtes.

⁸⁴¹ Ley 1005, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1946. Ampliar en Casullo, María Carolina, “El control contencioso administrativo en la Provincia de La Rioja”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 743 y sgtes.

La Pampa⁸⁴², San Juan⁸⁴³, Neuquén⁸⁴⁴, Formosa⁸⁴⁵, Santiago del Estero⁸⁴⁶ y Jujuy⁸⁴⁷ integran el modelo de la vieja justicia contencioso administrativa revisora de los actos formales de la administración. El antiguo régimen de justicia administrativa –aún vigente en las provincias mencionadas– se caracteriza por estar regulado constitucionalmente, ser de competencia del máximo tribunal provincial que resuelve en única instancia y juicio pleno, encontrar limitada la legitimación a los derechos subjetivos de carácter administrativo, excluir la revisión tanto

⁸⁴² Ley 952, Código Procesal Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1979. Ampliar en Sappa, José y Vanini, José, “El contencioso administrativo en la Provincia de La Pampa”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 857 y sgtes.

⁸⁴³ La falta de ley especial hace que se aplique a los juicios contra el Estado el Código Procesal Civil (arts. 766, 767, 768 y 769) y por la Ley 3784, Procedimientos Administrativos, sancionada y promulgada en 1973. Ampliar en Cuadros, Oscar A, “Control Judicial de la actividad administrativa del Estado en la Provincia de San Juan”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 423 y sgtes.

⁸⁴⁴ Decreto Ley 1305/1981, Código Procesal Administrativo, emitido en 1981. Si bien la competencia es del Tribunal Superior de Justicia de la provincia (Art. 1), por la reforma de la Constitución de la Provincia de Neuquén, la competencia fue trasladada a un nuevo fuero especializado y descentralizado, que aún no se ha constituido. Finalmente por disposición del Tribunal (Acuerdo 4312) la competencia contencioso administrativa la ejerce la Sala Procesal Administrativa. Ampliar en Gutierrez Cuolantuono, Pablo, “El caso administrativo en el escenario constitucional neuquino”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 961 y sgtes.

⁸⁴⁵ Decreto Ley 584/1978, Código Procesal Administrativo, emitido en 1978. Ampliar en Martínez, Sergio A, “El proceso administrativo o contencioso administrativo de la Provincia de Formosa”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 703 y sgtes.

⁸⁴⁶ Ley 2291, Procedimiento Administrativo, sancionada y promulgada en 1951. Ampliar en Abalos Gorostiaga, Raúl F, “El contencioso administrativo en el ámbito de la Provincia de Santiago del Estero analizado a través de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 743 y sgtes.

⁸⁴⁷ Ley 1888, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1948. Ampliar en Insausti, Hugo O, “El proceso contencioso administrativo en la Provincia de Jujuy”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 623 y sgtes.

de la actividad pública discrecional como de las cuestiones políticas, controlar únicamente la actuación administrativa formal impidiendo la judicialización de omisiones estatales, establecer un criterio de acceso estrecho a la jurisdicción (habilitación de instancia; agotamiento de la vía administrativa previa, plazos de caducidad y pago previo), impedir que se ventilen en el proceso cuestiones que no hayan sido previamente planteadas en sede administrativa, disponer únicamente como medida cautelar la suspensión del acto administrativo, y otorgar una mejor posición procesal respecto de los diversos trámites del juicio a la Administración Pública.

Siendo el requisito de habilitación de instancia, el mayor obstáculo para el ingreso a la jurisdicción administrativa, quisiera desarrollar brevemente algunos de los argumentos que sostienen su inconstitucionalidad. En tanto examen inicial del cumplimiento de las condiciones de admisibilidad de la acción (agotamiento de la vía administrativa, plazo de caducidad y pago previo), como vimos aún presente hasta en los sistemas procesales más avanzados, plantea una limitación esencial a la garantía de acceso a la justicia y obstaculiza la efectivización de derechos humanos fundamentales. Así, para Miguel López Olvera, “La habilitación de la vía judicial y el agotamiento de la vía administrativa funcionan en la actualidad con base en esquemas antiguos, que condicionan previamente el acceso a la justicia, lo cual es sin duda alguna una irrazonable restricción a la garantía constitucional, supranacional e internacional de acceso inmediato y expedito a una instancia judicial pronta y cumplida”⁸⁴⁸. A similar conclusión arribó Andrés Gil Domínguez al afirmar que “En el marco de un Estado constitucional de derecho, no existe ningún argumento que sustente la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, la existencia de un plazo de cadu-

⁸⁴⁸ López Olvera, Miguel Alejandro, “La instancia administrativa. Problemas actuales de la justicia administrativa. Principios y fuentes del proceso administrativo. Órgano y procedimientos judiciales”, Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2008.

cidad fatal de la acción contenciosa y de la consecuente habilitación de instancia de oficio”⁸⁴⁹

Otro grupo de legislaciones que puede identificarse es el de las regulaciones procesales administrativas de las provincias de Misiones⁸⁵⁰, Santa Cruz⁸⁵¹, Santa Fe⁸⁵², San Luis⁸⁵³, Tucumán⁸⁵⁴ y Tierra del Fuego⁸⁵⁵, ya que si bien fueron establecidos mediante leyes sancionadas en la

⁸⁴⁹ Gil Domínguez, Andrés, “Tutela judicial efectiva y agotamiento de la vía administrativa. Derecho constitucional administrativo”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 88.

⁸⁵⁰ Ley I-95, Código Procesal Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1993. Ampliar en Becerra, Julio C y Acosta, Fernando A., “proceso contencioso administrativo de la Provincia de Misiones”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 599 y sgtes.

⁸⁵¹ Ley 2600, Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 2001. Ampliar en Salazar, Clara; Bonyuan, Fabián; Cima, Gustavo; Cobas, Cecilia; Coppola, Sebastián y Ramón, Juliana, “Contencioso Administrativo de la Provincia de Santa Cruz”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 1025 y sgtes.

⁸⁵² Ley 11.330, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1995. Ampliar en Lisa, Federico J y Weder, Rubén L., “El Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Santa Fe. Ley 11.330. Doctrina jurisprudencial”, Editorial Juris, Rosario, 2000. Ver también Weder, Rubén y Lisa, Federico, “El proceso contencioso administrativo en la Provincia de Santa Fe”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 119 y sgtes.

⁸⁵³ El proceso administrativo está previsto en el Título IV –Causas Contencioso Administrativas– del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de San Luis, Ley VI-0150-2004, sancionada y promulgada en 2004. Ampliar en Allende, Eduardo S y Domínguez, Jorge A., “Procedimiento contencioso administrativo en la Provincia de San Luis”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 275 y sgtes.

⁸⁵⁴ Ley 6205, Código Procesal Administrativo, sancionada y promulgada en 1991. Ampliar en Goane, René M., “El proceso contencioso administrativo en el ordenamiento jurídico positivo, constitucional y legal en la Provincia de Tucumán”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 351 y sgtes.

⁸⁵⁵ Ley 133, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1994. Ampliar en Francavilla, Ricardo, “Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 1053 y sgtes.

década de los noventa, en algunos casos aún posteriores a la reforma constitucional de la nación –1994–, mantienen la mayoría de las características esenciales y distintivas de la antigua justicia administrativa. En forma separada se pueden ubicar las provincias de Chubut⁸⁵⁶ y Río Negro⁸⁵⁷, que –al igual que la nación– no cuentan con un código procesal administrativo que regule en forma especial dicho proceso judicial.

Por último es de destacar el nacimiento de una nueva justicia administrativa, cuyos ejemplos los encontramos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁸⁵⁸ y en la provincia de Buenos Aires⁸⁵⁹, donde se dispuso la creación de un fuero descentralizados, con jueces especializados en la materia, con dos instancias (primera instancia de juzgados individuales y la segunda instancia integrada con Cámaras de Apelaciones), se abandona el modelo de justicia revisora de la actuación formal de la

⁸⁵⁶ La falta de ley especial hace que se aplique a los juicios contra el Estado el Código Procesal Civil y Comercial y la ley de organización del Poder Judicial de la Provincia. Ampliar en Panizzi, Alejandro, “Apuntes sobre los litigios contencioso administrativos en la provincia del Chubut”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 981 y sgtes.

⁸⁵⁷ Río Negro no cuenta con código procesal administrativo, estableciendo los requisitos de habilitación en la ley de procedimientos administrativos 2938. La competencia contencioso administrativa es ejercida transitoriamente por las Cámaras de Apelaciones en los Civil, Comercial y de Minería. Ampliar en Soderro Nievas, Víctor y Pereyra, Juan Claudio, “El derecho administrativo en la Provincia de Río Negro”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 893 y sgtes.

⁸⁵⁸ Ley 189, Código Contencioso Administrativo y Tributario, sancionada y promulgada en 1999. Ampliar en Balbín, Carlos “Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Comentado y Concordado”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003; Said, José, “Régimen contencioso administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 47 y sgtes.

⁸⁵⁹ otassi, Carlos (coordinador): “*El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*”, Librería Editoria Platense, Buenos Aires, 2000; Caiella, Pascual y Pittatore, Pamela, “Alcances del nuevo proceso contencioso administrativo bonaerense. Hacia la justiciabilidad plena de la actuación administrativa”, en la obra dirigida por García Pullés, “El Contencioso Administrativo en la Argentina”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 91 y sgtes; Villanfañe, Homero: “*Estado actual del fuero contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires*”, JA SDA, 3 de noviembre de 2004, pág.7.

administración, se establece un amplio abanico de pretensiones procesales, entre las que se destaca la posibilidad de accionar ante una omisión estatal en materia social –pretensión prestacional⁸⁶⁰–, se incorpora una gran variedad de herramientas cautelares, y, aunque no se eliminan, se flexibilizan algunos requisitos de la habilitación de instancia.

Desde la doctrina más conservadora –acorde con la tradicional justicia contencioso administrativa aún presente en la mayoría de las jurisdicciones locales– se sostiene que la socialización de la justicia es un fenómeno que erróneamente le atribuye funciones al poder judicial que altera el principio de división de poderes, por ejemplo al permitirle controlar y hacer efectivas políticas públicas, transformando nuestro sistema liberal en un sistema paternalista. Así, por ejemplo Roberto Luqui, al efectuar una dura crítica a las transformaciones que traen aparejada la socialización de la justicia, afirma “Esta tendencia socializante se manifiesta por varias acciones concurrentes. La primera es el reconocimiento de nuevos derechos e intereses, que vendría a configurar el núcleo de la cuestión. Las restantes, que podríamos considerar instrumentales, consisten en ampliar la legitimación activa, aumentar las facultades de los jueces, simplificar los procesos y extender el efecto de las sentencias.”⁸⁶¹

Todas estas prerrogativas –que conforman el llamado régimen exorbitante del derecho privado⁸⁶²–, que se hallan presentes desde su propio origen en los sistemas judiciales de revisión de la actividad administra-

⁸⁶⁰ Ampliar en Cabral, Pablo Octavio, “La pretensión prestacional en el proceso contencioso Administrativo Bonaerense”, en la obra de Bastons, Jorge Luis, “Derecho Público para Administrativistas”, Librería Editora Platense, La Plata, 2008; y en “La pretensión prestacional frente a la inactividad material de la Administración” y “Puesta en funcionamiento del fuero contencioso administrativo y entrada en vigencia de su nuevo código procesal”, en la obra de Isabella, Diego, “Código Contencioso Administrativo Comentado”, Editorial RAP, Buenos Aires, 2010.

⁸⁶¹ Luqui, Roberto Enrique, “Socialización de la Justicia”, La Ley, 16 de diciembre de 2011, p.3.

⁸⁶² Cassagne, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Lexis Nexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002: “El sistema del Derecho Administrativo posee, como nota peculiar, una compleja gama de poderes o potestades jurídicas que componen lo que se ha

tiva, dificultan la efectivización de derechos humanos fundamentales y niegan la garantía del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.⁸⁶³

En ninguna de las normas procesales vigentes en las distintas jurisdicciones se efectúa una atenuación o flexibilización de los requisitos de admisibilidad de la acción o de medidas cautelares o de los efectos de la sentencia, respecto de los grupos sociales desaventajados económicamente o de aquellos que pretendan hacer valer derechos fundamentales vinculados a su situación social. Es decir, las leyes procesales administrativas hoy en vigencia y aplicación en todos los ámbitos de nuestro país no efectúan tutela procesal diferenciada alguna.

3.2. Hacia una nueva justicia administrativa legítima

Frente a esta defensa de la tradicional justicia contencioso administrativa se opone una visión socializante y transformadora del rol de los jueces en nuestra sociedad, que también se articula con una concepción participativa de una democracia en la que los derechos fundamentales son garantizados por el Estado en forma igualitaria.⁸⁶⁴

llamado régimen exorbitante, que se determina y modula en los distintos países de un modo diferente”. P. 124.

⁸⁶³ Saggese, Federico, “El derecho a un nivel de vida adecuado”, Librería Editora Plátense, La Plata, 2009: “Así, resulta necesario comenzar remarcando la cuestión de la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico –y en el Derecho Comparado en general– de mecanismos procesales idóneos para la tutela de los DESC. En efecto: las acciones judiciales tipificadas por nuestro Derecho han sido pensadas y diseñadas para la protección de los derechos clásicos (civiles y políticos); lo cual además repercute negativamente en la procura de la protección para los derechos sociales, así como en problemas vinculados con la incidencia colectiva en la legitimación activa; la restricción probatoria en los procesos tradicionales; las medidas a disponerse en casos de omisiones estatales; y la dificultad de ejecución de las condenas contra el Estado”, p. 167.

⁸⁶⁴ Ampliar en Cabral, Pablo Octavio, “La Justicia Administrativa como herramienta para la efectivización de los derechos sociales reconocidos constitucionalmente en la Provincia de Buenos Aires”, Revista de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (ABDA) AÑO 1, N° ½, Enero/Agosto 2007; y “El poder judicial como herramienta institucional de participación ciudadana en el marco de la teoría de la democracia deliberativa”, Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el mes de septiembre de 2008 (año 2, N° 2).

El poder judicial comenzó a intervenir activamente en las decisiones públicas a través del control de constitucionalidad de las leyes (en nuestro país en forma difusa, es decir tal declaración puede ser emitida por cualquier juez) y mediante el control de legalidad del accionar de las administraciones públicas (especialmente mediante el control efectuado por la justicia contencioso administrativa). También las reformas de las Constituciones estatales generalizaron el control de la administración mediante la creación de un nuevo fuero descentralizado con especialidad administrativa. Así desde hace unos años tanto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como en la provincia del mismo nombre, funcionan los juzgados en lo contencioso administrativo que desarrollan una actividad de control de las respectivas administraciones públicas.

Esta combinación entre reconocimiento de derechos sociales y activismo judicial en el control de las acciones del gobierno (denominada por algunos medios judicialización de la política), tanto en su esfera legislativa como administrativa, generó un espacio institucional de discusión racional de las decisiones públicas del gobierno.

El Judicial es un poder complejo –integrado por varios órganos– compuesto, porque algunos Tribunales son colegiados, y jerárquico, pues la Constitución califica de “suprema” a la Corte. La función jurisdiccional es una tarea propia del Estado, ejercida por el Poder Judicial, independientemente de los restantes órganos de poder, en especial del presidente de la Nación e indelegable en los particulares. La creación de tribunales inferiores a la Corte suprema de carácter permanente constituye una obligación estatal en cabeza del Poder Legislativo para asegurar la garantía del juez natural.

El sistema jurídico argentino es tributario de dos tradiciones normativas:

- 1) Derecho Continental Codificado: El juez es percibido como la boca que pronuncia las palabras de la ley y debe, en consecuencia, resolver conflictos de interés aplicando y, sobre todo, interpretando las normas vigentes con particular deferencia a los motivos y voluntad del legislador. Esta tradición es particu-

larmente fuerte en las llamadas materias de derecho común y codificado. Se considera al juez como un administrador, quien dispensa, entre las partes en controversia, la justicia ya contenida en las normas dictadas por el legislador en quién reside la soberanía popular.

- 2) Derecho Norteamericano: Se manifiesta en el diseño del poder que emerge de la Constitución Nacional –escrita, rígida y suprema– y en el cual el Judicial es designado y estructurado como uno de los poderes del Estado. El juez recrea el derecho por vía interpretativa, y se nutre de los precedentes. Además, y sobre todo cuando se trata de los magistrados de la Corte Suprema, expresa la última voz en materia de interpretación de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad. Sin duda, en este caso, el papel del juez es político en un doble sentido. En principio, porque al resolver conflictos de interés va desarrollando el derecho y a través de él, desplegando las relaciones sociales. En segundo término, porque al controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, toca a sus hacedores en lo que éstos expresan como decisión política general.⁸⁶⁵

Como se sabe los jueces, en nuestro país, –aún luego de la reforma del Consejo de la Magistratura– no son elegidos democráticamente, no los elige el pueblo soberano, sino que su nombramiento se produce mediante un procedimiento en el que intervienen el poder político (legislativo y ejecutivo) y, luego de la creación de los consejos de la magistratura, algunos grupos de interés (académicos, abogados, magistrados).

Roberto Gargarella dice que “En la mayoría de las democracias modernas aceptamos como un irremovible dato de la realidad que los jueces revisen lo actuado por el Poder Legislativo o Poder Ejecutivo y que, en caso de encontrar sus decisiones constitucionalmente cuestionables, las invaliden. Sin embargo, la decisión de dejar dicho extraor-

⁸⁶⁵ Gelli, María Angélica, Constitución Argentina comentada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006.

dinario poder en manos de los jueces no resulta obvia o naturalmente aceptable. Menos aún en un sistema republicano democrático, en el que queremos que las decisiones que se tomen reflejen, del modo más adecuado posible, la voluntad mayoritaria.”⁸⁶⁶

El poder judicial, siguiendo el modelo constitucional norteamericano, realiza un control difuso sobre la actividad legislativa, mediante la declaración, por parte de cualquier juez, de inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el parlamento. Además, la justicia contencioso administrativa, existente a nivel federal como provincial, realiza un control de legalidad sobre la discrecionalidad de las decisiones tomadas por los poderes ejecutivos nacionales, provinciales y municipales.

Así se objeto en el marco del debate sobre los alcances del control judicial de la administración que los jueces deben respetar el papel constitucional que al poder ejecutivo le reserva el sistema político. Al describir este argumento, el catedrático español García de Enterría explica que: “Ese respeto es tanto más exigible en cuanto que, en el Estado democrático y social de Derecho en que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular, han sido colocados en sus puestos por el voto y con la confianza del pueblo para que gestionen sus intereses, lo que hacen en su nombre”.⁸⁶⁷ Si bien este autor se manifiesta en contra del gobierno de los jueces, su postura auspicia que el poder judicial revise la legalidad del actuar discrecional de la administración y garantice una tutela judicial efectiva a los derechos e intereses fundamentales de los ciudadanos.

Si bien es cierto que el poder judicial tiene un origen contramayoritario o no democrático, lo que me interesa destacar es que en su seno se deciden políticas públicas institucionales mediante procedimientos deliberativos que constituyen verdaderas prácticas democráticas.

⁸⁶⁶ Gargarella, Roberto; “Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras”, Claves para todos, editorial Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004.

⁸⁶⁷ García de Enterría: “Democracia, jueces y control de la administración”, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pág. 34.

Este tipo de control judicial de la actividad legislativa y administrativa permite que el juez analice las decisiones tomadas por dichos poderes en ejercicio de las llamadas potestades discrecionales, a la luz de los argumentos expuestos por el particular que impugna la decisión y por el gobernante que la sostiene y que han sido ordenadamente discutidos en el proceso judicial desarrollado en sus estrados.

Los procedimientos judiciales se encuentran previamente regulados por ley, a través de los llamados códigos procesales, y permiten un dialogo entre las posturas de las partes arribando a una decisión que debe inclinarse por el mejor argumento, sin importar si tal decisión tiene el respaldo de las mayorías. Además existe la colaboración de técnicos (peritos), terceros (testigos y *amicus curiae*) y en algunos casos relevantes se pueden realizar audiencias públicas, dónde se escucha a todos los interesados.

Recientemente, con la nueva integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el rol del Poder Judicial respecto de las otrora denominadas *cuestiones políticas no justiciables*, ha sido replanteado interviniendo el máximo tribunal en decisiones públicas de trascendencia cuya competencia le corresponde a los poderes políticos.

El Poder Judicial, en especial la justicia contencioso administrativa, a pesar de no tener una legitimidad democrática de origen, posibilita prácticas concretas de toma de decisiones mediante procedimientos propios de la democracia deliberativa. El componente democrático de esta intervención está dado por la posibilidad que tiene cualquier ciudadano, sin importar su poder político o económico (siempre que funcionen bien los órganos estatales de asesoramiento y representación jurídica gratuita), de abrir la discusión en el ámbito judicial, acceder a la justicia, y exponer sus argumentos en contra o a favor de una determinada decisión pública institucional. El componente deliberativo se encuentra, tanto en la estructura del propio proceso judicial, como en la realización de audiencias públicas donde no sólo participan las partes sino dónde también intervienen terceros, interesados y *amicus curiae*.

Refiere Habermas que la teoría discursiva, a diferencia de la concepción liberal y la republicana, entiende que los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y de la voluntad funcionan como la más importantes exclusas para la racionalización discursiva de las decisiones de un gobierno y de una administración sujetos al derecho y a la ley.⁸⁶⁸

A diferencia de las prácticas deliberativas que se desarrollan en el Poder Legislativo (En tanto órgano central del sistema representativo) en el procedimiento judicial las partes de la relación procesal se encuentran identificadas, los ciudadanos recuperan la palabra, hablan por sí mismos, libremente exponen sus argumentos, cuentan sus necesidades y exigen sus derechos, frente a la administración, en un pie de igualdad formal garantizado por el principio de *igualdad de armas*. Aquí no importa el peso político del accionante sino sus razones, no interesa si el reclamo proviene de un sector minoritario y excluido de la sociedad (presos, enfermos, minorías sexuales, desocupados, cartoneros, etc) lo que importa son sus argumentos, en fin, sus derechos fundamentales⁸⁶⁹.

En nuestro sistema representativo es difícil que estos grupos minoritarios encuentren la respuesta de aquellos candidatos a quienes votaron en la última elección y que, según reza nuestra constitución, los representan y gobiernan. La acción judicial es una estrategia más para que estas personas puedan decir presente e intervenir en la arena pública con una voz propia, recuperando así su identidad política y rompiendo el conjuro mágico de la representación.

Pienso que aquel ciudadano que percibe que el Estado no está actuando correctamente, ya sea porque el accionar de la administración lesiona sus derechos o porque la omisión de ésta genera un incumpli-

⁸⁶⁸ Habermas, Jürgen: “La inclusión del otro. Estudios de teoría política”, Editorial Paidós, Barcelona, 1999, pág. 244.

⁸⁶⁹ Dejo aclarado que si bien esto teóricamente es así, el correcto funcionamiento del poder judicial se encuentra directamente vinculado con la forma de elección de los jueces y con su real independencia del poder político que lo nombra. Es un ejemplo de independencia judicial la actual integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siendo su contracara la llamada Corte de la *mayoría automática* del gobierno de Carlos Saúl Menem.

miento de su obligación prestacional, y canaliza su disconformidad a través de la interposición de una acción judicial, está participando, de una forma racional y activamente, en la gestión de la cosa pública.

Es por intermedio del poder judicial, independiente de los poderes formales y reales o fácticos, que el ciudadano obtiene alguna respuesta a su problema, inquietud o necesidad. Aún en el caso de no prosperar su demanda, el ciudadano obtiene una explicación argumentada y con fundamentos del rechazo a su pretensión, recreándose con cada acción judicial un modelo de acción comunicativa racional entre el particular y el Estado. El juez que, a partir de dicha acción interpuesta por un particular, solicita un informe a la administración, le ordena que cumpla con las obligaciones por ella asumidas, anula un acto viciado en sus elementos, condena a indemnizar a un ciudadano, manda a prestar un servicio o le impone el cumplimiento de un plazo legal, está dando una respuesta positiva a la demanda del ciudadano y está ayudando al Estado a administrar mejor.

Es entonces, a partir de esta necesaria contextualización histórica y normativa, que realizaremos un estudio crítico de la Ley 26.854, sin omitir el estado actual de las diversas regulaciones procesales administrativas a las que se suma esta nueva norma procesal.

3.3. La tutela procesal diferenciada en la nueva ley de cautelares contra el Estado Nacional.

La idea de las tutelas procesales diferenciadas y su articulación mediante específicas técnicas orgánico-funcionales o procesales, parte del presupuesto de la inexistencia de la neutralidad del proceso respecto del derecho material que se pretende tutelar en juicio. A partir de allí el tratamiento formal privilegiado responde a la necesidad de una protección y trato preferencial de ciertos derechos fundamentales reconocidos y garantizados constitucionalmente.⁸⁷⁰

⁸⁷⁰ Ampliar en Ucin, María Carlota, “La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal”, Librería Editora Platense, La Plata, 2011; Nogueira, Juan Martín y Schapiro, Hernán, “Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia”, Librería Editora Platense, La Plata, 2012.

Roberto Berizonce enseña que “*mediante la utilización de las técnicas orgánico-funcionales y procesales se persigue como objetivo central asegurar en concreto la tutela de los derechos de linaje preferencial, fundamentalmente en el escrutinio de la Constitución. Se enfatizan a tales fines, entre otros, los postulados de accesibilidad para todos al sistema judicial, sin trabas ni cortapisas, simplificación de los trámites, aceleración de los tiempos del reconocimiento del derecho en lapso razonable, búsqueda y prevalencia de la verdad objetiva (“primacía de la realidad”), consagración en fin del Derecho material, cuyo reconocimiento y efectividad no puede frustrarse por razones puramente formales (instrumentalidad y condena del excesivo rigor formal)*”⁸⁷¹.

A diferencia de lo hasta ahora legislado en la materia, la nueva ley procesal regulatoria del régimen de medidas cautelares contra el Estado, en el ámbito federal, efectúa una división esencial que provoca un tratamiento diferenciado del proceso judicial según se trate de un derecho fundamental o de un interés patrimonial o meramente económico (art. 2º, inc. 2, y concordantes de la Ley 26.854).

Luigi Ferrajoli, al desarrollar su teoría del derecho, desgrana las diferencias estructurales entre derechos fundamentales –en tanto universales (de los derechos de libertad al derecho a la vida, de los derechos civiles a los derechos políticos y sociales)– y derechos patrimoniales –en cuanto singulares (del derecho de propiedad a los otros derechos reales y a los derechos de crédito)–, que en mi opinión, justifican por sí el tratamiento procesal diferenciado, basado en una visión jurídico-política más igualitaria de la sociedad. Comienza por establecer que “Los derechos fundamentales son los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos –potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar”⁸⁷², caracterizándolos como derechos subjetivos

⁸⁷¹ Berizonce, Roberto Omar, “*Tutelas procesales diferenciadas*”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 29 y sgtes.

⁸⁷² Ferrajoli, Luigi, “*Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*”, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 686.

–intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas o negativas–, universales –pertenecientes a todos en condiciones de igualdad– e indisponibles y que “se afirman una y otra vez como leyes del más débil, en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia”.⁸⁷³ Agrega que estos derechos “pertenecen sólo a las personas naturales y no también a las artificiales: estas últimas si acaso no son más que un instrumento para su tutela, como sujetos no autónomos sino heterónomos, no constituyentes sino siempre constituidos”. Así, en virtud de tales caracteres, los derechos fundamentales se corresponden con deberes absolutos (*erga omnes*), pudiendo ser dirigidos a todos –como la prohibición de matar, garantía del derecho a la vida– o a determinados sujetos públicos –como la obligación de la asistencia sanitaria, garantía del derecho a la salud–, y en tanto conferidos en el interés de todos, postulan para su garantía funciones de carácter público.

A partir de esta configuración teórica, Ferrajoli distingue los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales de la siguiente forma: “La diferencia entre estas dos clases de derechos es ciertamente todavía más radical, residiendo en el hecho de que los derechos patrimoniales, al tener por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados, son por un lado singulares en lugar de universales, y por otro lado disponibles en lugar de indisponibles...el rasgo estructural de los derechos patrimoniales es la disponibilidad, a su vez conectada a la singularidad: estos últimos, contrariamente a los derechos fundamentales, no están establecidos inmediatamente a favor de sus titulares por normas téticas, sino predispuestos por normas hipotéticas como efectos de los actos de adquisición o disposición por ellas previstos...Las dos clases de derechos se hallan por ello en relación de contrariedad: los derechos fundamentales no son jamás patrimoniales y viceversa.”⁸⁷⁴ Los

⁸⁷³ Ferrajoli, Luigi, “*Principia iuris...*”, ob. cit., p. 776.

⁸⁷⁴ Ferrajoli, Luigi, “*Principia iuris...*”, ob. cit., p. 718. Agrega luego: “Se manifiesta de este modo un ulterior perfil de la igualdad en los derechos fundamentales y de la desigualdad en los patrimoniales. Los derechos fundamentales son iguales no sólo en el sentido de que

derechos patrimoniales parten de la exclusión de aquellos que no son sus titulares, a diferencia de los derechos fundamentales que se caracterizan por ser inclusivos y formar parte de la base de igualdad jurídica.

La relación de esta clasificación con la igualdad radica en la necesidad que desde el ordenamiento jurídico positivo se intervenga mediante políticas públicas garantizando el conjunto de situaciones de las que todos somos titulares y que no son producidas por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía, ello porque “mientras que los derechos fundamentales y sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales –para los que además el derecho positivo, aunque sólo sea por su milenaria tradición, ha elaborado técnicas de garantía bastante más eficaces– están en la base de la desigualdad jurídica.”⁸⁷⁵

Es decir, frente a la existencia de diferencias sociales y económicas entre distinguidos grupos de personas dentro de una sociedad (diferencias como hechos) el ordenamiento jurídico puede reaccionar con indiferencia (las diferencias no son tuteladas ni reprimidas, ni protegidas ni violadas, simplemente ignoradas) mediante un contenido mínimo de la esfera pública y por el libre y desregulado juego de los poderes

pertenecen a todos, sino también en el sentido de que les pertenecen invariable y normativamente en igual forma y medida. Los derechos patrimoniales son en cambio desiguales en el doble sentido de que son contingentes y mudables a causa de las vicisitudes a las que están sometidos, tanto en los titulares como en los contenidos. Éstos se acumulan y se extinguen, aquéllos permanecen siempre iguales a sí mismos. Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento o igualmente inmunes frente a las detenciones arbitrarias. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas distintas y en diferente medida. Se puede ser y llegar a ser más o menos rico, mientras que no se puede ser ni devenir más o menos libre. Los derechos patrimoniales, al tener por objetos cosas o prestaciones patrimoniales, se adquieren, se cambian y se venden. Los derechos fundamentales, al contrario, no se cambian ni se acumulan. Unos son alterables en su cantidad y calidad y acaso es posible que se extingan por su ejercicio; los otros permanecen invariables, cualquiera que sea su ejercicio. Se consume, se vende, se permuta o se da en arriendo una cosa que se posee. No se consumen en cambio, y tampoco pueden venderse, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, o los derechos civiles y políticos, a menos que se transformen en derechos patrimoniales”, p. 722.

⁸⁷⁵ Ferrajoli, Luigi, “Principia iuris...”, ob. cit., p. 718.

privados; también puede otorgar una jerarquía diferente a las distintas identidades sociales; o –por último– las diferencias pueden ser homologadas jurídicamente, es decir negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad (las diferencias son reprimidas o violentadas como desviaciones, en el cuadro de una neutralización uniformadora). Frente a dichas respuestas insuficientes ante la configuración jurídica de las diferencias Ferrajoli opone un modelo de igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad.

Afirma este autor que: “Lo opuesto a la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad, sea jurídica o antijurídica. Son desigualdades jurídicas (contrarias a la igualdad) las desigualdades económicas y sociales generadas por los derechos patrimoniales y por las demás situaciones singulares de las que cada uno es titular de modo distinto a los otros; son desigualdades antijurídicas (contradictorias con la igualdad) las generadas por la violación del principio de igualdad, o sea, por las discriminaciones de las diferencias. Las primeras son reducidas, si no eliminadas, por la efectividad de los derechos sociales, que imponen niveles mínimos de la que llamamos igualdad sustancial: la cual no es ya *contradicha* sino *no actuada*, si de hecho son ignoradas las necesidades vitales que tales derechos imponen satisfacer. Las segundas son impedidas por la efectividad de los derechos individuales, que imponen aquella que llamamos igualdad formal; la cual a su vez es, no ya *contradicha*, sino *violada*, cuando de hecho resultan discriminadas las diferencias que tales derechos obligan a tutelar.”⁸⁷⁶

En breve síntesis de lo hasta aquí dicho, la respuesta que el Estado debe dar frente a la existencia de personas que sufren carencias económicas y sociales derivadas de una determinada forma de distribución de recursos y bienes, es garantizar mediante acciones positivas y tutelas procesales diferenciadas el ejercicio y efectividad de sus derechos fundamentales.

⁸⁷⁶ Ferrajoli, Luigi, “Principia iuris...”, ob. cit., p. 752.

Dicho esto, la protección diferenciada tiene suficiente fundamento normativo en el nuevo sistema integrado de protección de los derechos humanos nacido de la última reforma de la Carta Magna federal. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al interpretar el PIDESC ha dicho que “Los Estados Parte deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás” (Observación General N° 4, párr. 11).

Por otra parte, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, establece como uno de sus objetivos la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, otorgándoles un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Para alcanzar dicho objetivo, recomienda “priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas” (Sección 1°, párr. 2).⁸⁷⁷

El origen de esta diferenciación legal puede encontrarse, entre otras fuentes, en los criterios jurisprudenciales de nuestro máximo tribunal federal⁸⁷⁸. Especialmente en lo resuelto por la Corte Suprema de la Nación en la causa “*Grupo Clarín S. A. y otros s/ medidas cautelares*” de fecha 5 de octubre de 2010⁸⁷⁹, en la que diferenció las distintas necesidades de protección cautelar cuando se trata de proteger un derecho fundamental de cuando se garantiza un derecho de contenido patrimonial. Así lo hizo al afirmar que

⁸⁷⁷ Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia los días 4 a 6 de marzo de 2008.

⁸⁷⁸ En el proyecto de elevación del proyecto de ley se lee: “*Con arreglo a estas pautas, el proyecto de ley que se pone a vuestra consideración tiende a concretar, en una norma jurídica, la más reciente doctrina asumida por el Alto Tribunal en relación con las medidas cautelares frente a las autoridades públicas del Estado Nacional.*”

⁸⁷⁹ CSJN, G. 456.XLVI.

“La protección de los derechos fundamentales está inescindiblemente unida a la tutela oportuna, la cual requiere de procedimientos cautelares o urgentes, y de medidas conservativas o innovativas.”, agregando que *“esta regla requiere ser ponderada en los casos en que se trata de cuestiones de naturaleza patrimonial, en las que no está en cuestión la solvencia porque el Estado es demandado.”* Según la Corte la protección de derechos fundamentales se debe diferenciar de cuando se trata de daños reparables, como pueden ser los intereses puramente patrimoniales en demandas contra el Estado.

La Corte entendió que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial y que tal contralor debe efectuarse a la luz de los principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos, debiendo tales derechos ser respetados por quienes deciden políticas públicas.⁸⁸⁰ En cumplimiento de esta obligación constitucional de respetar los derechos fundamentales de los sectores excluidos protegiéndolos en forma especial y diferenciada, es que nuestra legislatura sancionó la nueva ley de medidas cautelares contra el Estado. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio del Estado. La tutela diferencial, como lo ha sostenido la Corte, no sólo debe materializarse al momento de decidir una política pública, sino también al momento de disponer una garantía judicial, como la que aquí se analiza.

El máximo Tribunal federal, al reconocer pretorianamente la “acción de clase” en el precedente “Halabi” como una nueva herramienta procesal para garantizar derechos fundamentales, entendió que el acceso a la justicia debe asegurarse en forma diferenciada cuando “exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”, especificando

⁸⁸⁰ CSJN, Causa Q. 64. XLVI; “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo.”, res de fecha 24-08-2012.

que el novedoso carril procesal será procedente “en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos”.⁸⁸¹

Sin perjuicio del mantenimiento de los requisitos tradicionales que regulan la materia desde antaño y cuya constitucionalidad no ha sido declarada por ningún órgano judicial a pesar de existir robustos argumentos para hacerlo, como se anticipó, la pretensión cautelar contra el Estado Nacional resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el derecho a una vida digna, a la salud, al ambiente, derechos de carácter alimentario o en lo que se afecten a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. Ello es así porque la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección procesal diferenciada.

*4. Análisis del texto de la ley 26.854*⁸⁸²

4.1. Ámbito de aplicación (art. 1º)

Esta Ley regula el régimen de medidas cautelares en las que es parte o interviene el Estado Nacional, estableciendo en su primer artículo que el ámbito de aplicación se limita a la actuación y omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados. También se aplica la ley a las medidas cautelares solicitadas por dichos organismos estatales.⁸⁸³ Es

⁸⁸¹ CSJN, Causa H. 2070.XLII, “Halabi, Ernesto c/ PEN s/Amparo”, sentencia de fecha 24-02-2009.

⁸⁸² Un análisis detallado de la norma se puede leer en; Gozaini, Osvaldo Alfredo, “*Medidas Cautelares contra el Estado*”, La Ley, Edición del 06/05/13. También respecto del proyecto de modificación ampliar en Ratti Medaña, Florencia Soledad, “*Los proyectos de Ley de Modificación del Régimen de Medidas Cautelares contra la Administración; reflexiones críticas*”, DJ, 17/02/2013, p. 95.

⁸⁸³ **Artículo 1º -Ámbito de Aplicación.** Las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas

decir que afecta sólo a las relaciones que vinculan a los ciudadanos con el Estado Nacional, en cualquier parte del territorio argentino, quedando fuera las vinculaciones con estados provinciales o municipales, que se encuentran reguladas por las leyes especiales que establecen los procesos judiciales contencioso administrativos.

Una primera apreciación respecto del ámbito de aplicación de la norma es que la ley utiliza el criterio subjetivo que en forma general se utiliza para determinar la competencia contencioso administrativa. Es decir, existe causa en dicha materia cuando una de las partes –actor o demandado– es el Estado Nacional. Similar criterio es el adoptado por otras jurisdicciones locales y es el estándar propuesto por parte de la doctrina especializada.

Otra cuestión destacable del primer artículo de la ley en análisis es que entiende que la conducta estatal impugnada judicialmente –en el caso específico mediante una pretensión cautelar– puede consistir, tanto en una actuación como en una omisión. La posibilidad de judicializar –a través de un proceso o mediante una pretensión cautelar– la conducta pública omisiva es un reciente avance normativo y jurisprudencial que permite exigir al Estado el cumplimiento de obligaciones de carácter positivo, como por ejemplo en materia de prestaciones sociales. Es decir, frente a la omisión del Poder Ejecutivo de cumplir con la obligación de garantizar el derecho a la salud a todos los ciudadanos –por ejemplo no brindando una medicación–, un magistrado en una causa judicial puede ordenar al gobierno que le entregue al actor la prestación de salud incumplida. Como desarrollaremos luego, la ley prevé especialmente este tipo de medidas cautelares de contenido positivo en su artículo 14°.

4.2. La exclusión parcial de la acción de amparo (art. 19°)

La ley en su artículo 19⁸⁸⁴ excluye la aplicación de los nuevos preceptos en materia de cautelares a los procesos regidos por la ley de amparo,

por éstos, se rigen por las disposiciones de la presente ley.

⁸⁸⁴ **Artículo 19. -Procesos excluidos.** La presente ley no será de aplicación a los procesos regidos por la ley 16.986, salvo respecto de lo establecido en los artículos 4° inciso 2, 5°, 7° y 20 de la presente.

con excepción de lo establecido respecto del plazo especial para presentar el informe previo (artículos 4° inciso 2), la vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado (artículo 5°), el plazo de traslado de la solicitud de modificación de la medida cautelar (artículo 7°) y el régimen de inhibitoria (artículo 20°).

Esta exclusión parcial ha sido atacada por el Dr. Gozaíni, quien argumenta que se convierte a la acción de amparo en un proceso contradictorio, dejando sin efecto la bilateralidad diluida de la ley de amparo (16.986) calificando al traslado del informe previo previsto en el artículo 4 de la ley 26.854 como una “incorporación inconstitucional”⁸⁸⁵

El artículo cuatro dispone que solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir –en la acción de amparo– a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de tres (3) días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud. Agrega la norma que con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes.

Este traslado tiene dos importantes excepciones dispuestas en el artículo 4 que debilitan fatalmente la crítica del Dr. Gozaíni. En primer lugar establece que no surtirá efecto cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, quedando habilitado el juez o tribunal para dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción. Además la ley exceptúa del traslado los casos en que se encuentre en juego un derecho protegido constitucionalmente, al disponer que las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los derechos fundamentales (vida digna, salud, derechos alimentarios y medioambientales) podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada.

⁸⁸⁵ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “*Medidas Cautelares contra el Estado*”, La Ley, Edición del 06/05/13.

Es decir, será el magistrado interviniente el que, evaluando las circunstancias del caso, los intereses y derechos en juego y la urgencia de la medida solicitada, podrá en los términos de la nueva ley de medidas cautelares, hacer lugar a la solicitud precautoria sin necesidad que se presente la demandada a contestar informe o se venza el plazo para ello.

Aún cuando sea necesario cumplimentar con el traslado previo al demandado –por ejemplo de tratarse de un caso de contenido únicamente patrimonial y no existan circunstancias graves que justifiquen eximir del traslado previo–, tal exigencia se encuentra debidamente alineada con las garantías constitucionales que en materia procesal protegen a todas las partes de un litigio.

Ello es así por resultar evidente que el principio de bilateralidad de los procesos judiciales posibilita a la contraria el ejercicio de su derecho de defensa siendo una manifestación de las garantías de debido proceso, acceso a la justicia, igualdad de armas y tutela judicial efectiva, que deben estar presentes para efectivizar los derechos, tanto del actor, como del demandado, se trate en este último caso del Estado como de cualquier ciudadano o particular. Por ello es que la ley nacional de amparo prevé en su artículo 8° que el magistrado interviniente requiera a la autoridad pública un informe circunstanciado, posibilitando a la demandada el ofrecimiento de la prueba que considere pertinente.

Los profesores Morello y Vallefin explican que el principio de bilateralidad “significa, en sustancia, que las decisiones judiciales no pueden ser adoptadas sin el previo traslado a la parte contra la cual se pide o, lo que es lo mismo, sin que se otorgue a esta última oportunidad de defensa”⁸⁸⁶. Este principio, que si bien no es absoluto, exige que cualquier postergación o aplazamiento de tal garantía –como puede ser ante determinadas situaciones extremas la necesidad de disponer una medida cautelar in audita parte– se acuerde con la mayor racionalidad posible. A este respecto, la ley de cautelares contra el Estado Nacional establece que en

⁸⁸⁶ Morello, Augusto y Vallefin, Carlos; “El amparo. Régimen procesal”, Librería Editorial Platense, La Plata, 2004, p. 103 y sgtes.

las causas de contenido patrimonial en las que no existan circunstancias graves y objetivamente impostergables el juez interviniente deberá correr traslado mediante un pedido de informe, que deberá ser evacuado en un breve plazo, garantizando para estos casos el principio de bilateralidad y contradicción analizados. Por el contrario, una norma que quebrante el principio de bilateralidad y contradicción en un proceso judicial –garantizado en el caso por el artículo 4º de la ley en estudio– infringiría la garantía constitucional del debido proceso (arts. 18 de la C.N.; artículo 10, Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo XXVI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 8.1., Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 37, inc. d) y 40, inc. 2, ap. b.iii, Convención sobre los Derechos del Niño, integrantes del cuerpo mismo de la Carta Magna, por remisión de su art. 75, inc. 22).

La bilateralidad previa al otorgamiento de las medidas cautelares, frente al cuestionamiento del procedimiento unilateral, es la postura que han adoptado algunas provincias en sus códigos procesales administrativos, como Mendoza⁸⁸⁷, Santiago del Estero⁸⁸⁸, Neuquén⁸⁸⁹ Tierra

⁸⁸⁷ Artículo 22: “Sin perjuicio de las medidas precautorias que fueren procedentes conforme a lo dispuesto en el art.76 de este cuerpo legal, previa simultánea o posteriormente a la interposición de la acción, podrá solicitarse al tribunal de la suspensión de la ejecución de las disposiciones administrativas involucradas en ella. El tribunal resolverá la solicitud en el plazo de tres (3) días, previa vista por dos (2) días a la demandada...” Ampliar en Sarmiento García, Jorge, “Proceso administrativo. Su caracterización en el Código de Mendoza”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1981. Sarmiento García entiende que el traslado previo al dictado de la medida tiene fundamento en que “el tribunal pueda obtener una mejor información antes de decidir”, p. 73.

⁸⁸⁸ Ley 2297, Artículo 29: “Al interponer el recurso los interesados podrán pedir en escrito fundado que decrete la suspensión de la medida que lo motiva, rindiendo fianza bastante a juicio del Tribunal. El incidente se sustanciará con audiencia del representante de la demandada corriéndole vista por el término de tres días, después de los cuales se dictará la providencia llamando autos para resolver, y la sentencia será dictada dentro de los cinco días subsiguientes a aquel en que la providencia de “autos” quede consentida. Si la sentencia acordara la suspensión solicitada, podrá no obstante, la Administración en los casos que aprecie existir un grave daño del interés público, ejecutar la resolución administrativa ofreciendo abonar los daños y perjuicios emergentes para el caso de prosperar la demanda”

⁸⁸⁹ Ley 1305, Artículo 21. “Oportunidad y trámite: Sin perjuicio de las medidas cautelares, las partes, previa, simultánea o posteriormente a la interposición de la acción,

del Fuego⁸⁹⁰, Formosa⁸⁹¹, Jujuy⁸⁹², Santa Fe⁸⁹³, Córdoba⁸⁹⁴ y Buenos Ai-

pueden solicitar al Tribunal la suspensión de la ejecución de las disposiciones administrativas involucradas en ella. El Tribunal debe resolver la solicitud en el plazo de cinco (5) días, previo traslado por cinco (5) días a la demandada. Este incidente se sustancia por cuerda separada, sin interrumpir ni suspender el proceso en los principales.”

⁸⁹⁰ Ley 133; Artículo 18: “El Tribunal dará vista por el plazo de tres (3) días a la demandada, vencido el cual resolverá la solicitud en igual término, salvo que por la naturaleza de la medida solicitada o la urgencia en su provisión, deba hacerlo sin sustanciación...”

⁸⁹¹ Decreto Ley 584, Artículo 21º: “Sin perjuicio de las medidas precautorias que fueren procedentes conforme a lo dispuesto en este cuerpo legal, previa, simultanea o posteriormente a la interposición de la acción, podrá solicitarse al tribunal la suspensión de la ejecución de las disposiciones administrativas involucradas en ella. El tribunal resolverá la solicitud en el plazo de cinco (5) días, previa vista por cinco (5) días a la demandada. Este incidente se sustanciará por cuerda separada, sin interrumpir ni suspender el proceso en los principales.”

⁸⁹² Ley 1.888, Artículo 30: “Al interponer la demanda podrán los interesados pedir que se decrete la suspensión de la medida que la motiva, rindiendo fianza bastante. El incidente se substanciará con audiencia del representante de la demandada, corriéndosele vista por el término de cinco días, después de los cuales se dictará la providencia llamando “autos” a resolución, la que se resolverá dentro de los diez días subsiguientes a aquel en que quede consentida. Si la resolución acordara la suspensión solicitada, podrá la Administración, en los casos que aprecie existir un grave daño del interés público, proceder a su cumplimiento ofreciendo abonar los daños y perjuicios emergentes para el caso de prosperar la demanda.-Art. 30º.- NOTA: Modificatoria introducida según texto Ley 4141.-“

⁸⁹³ Ley 11.330, artículo 15: “Trámite de la cautelar. Inexigibilidad de caución. El Tribunal resolverá la solicitud correspondiente en el término de cinco días, previa vista por igual plazo a la recurrida...” Ampliar en Lisa, Federico J y Weder, Rubén L., “El Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Santa Fé. Ley 11.330. Doctrina jurisprudencial,” Editorial Juris, Rosario, 2000: “Esta *vista* plantea dos cuestiones interesantes. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que debe ser corrida a quien todavía no se lo ha emplazado a que comparezca a estar a derecho, ni, por tanto, se lo ha tenido por parte. Por ello, es que, a los fines de correr esta vista, se dispone cursar las notificaciones pertinentes siguiendo el mismo criterio que el del emplazamiento a estar a derecho (al Gobernador y al Fiscal de Estado, si la demandada es la Provincia de Santa Fe; al Intendente, si es una Municipalidad; y al Presidente de la Comisión comunal, si se trata de una Comuna). En segundo lugar, la ley 11.330 –al igual que la 4106– refiere a vista (no a traslado), lo que suscita dudas acerca de si genera o no la carga procesal de contestar.” p. 439.

⁸⁹⁴ Ley 7182 (Modif. por Ley 9874), Artículo 19º: “Al interponerse la demanda podrán los interesados solicitar al Tribunal la suspensión de la ejecución del acto administrativa materia de la causa. El Tribunal resolverá la solicitud en el plazo de diez días, previa vista por cinco días a la demandada. ..“

res⁸⁹⁵ que prevén el traslado o vista de la solicitud realizada por la parte actora a la demandada. En ninguna de dichas jurisdicciones locales el traslado ha sido impugnado por su inconstitucionalidad ni de tal forma se ha declarado judicialmente. En el derecho extranjero se pueden ver los ejemplos de Estados Unidos de América y España que también bilateralizan el trámite cautelar. Por último, el Código Procesal Administrativo modelo para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo establece –al regular las medidas cautelares adoptadas en el proceso administrativo– que “se dará traslado a las partes que se hubiesen personado por plazo de diez días, a fin de que aleguen lo que estimen conveniente sobre la procedencia de la medida y, en su caso, sobre la contracautela y cuantía”, agregando que “Si no hubiese conformidad, se convocará a las partes a una audiencia, en la que se practicarán las pruebas pertinentes” (art. 81)⁸⁹⁶.

Más allá de las comparaciones normativas, como explica Vallefín; “la Flexibilidad que se reconoce a las providencias cautelares debe, en alguna medida, aplicarse al trámite, entendido esto como la posibilidad de escoger la unilateralidad o bilateralidad inicial, según la naturaleza de la cuestión debatida”⁸⁹⁷. En la ley 26.854 es el criterio legislativo el que establece los casos en que, debido a la naturaleza de la cuestión en debate, corresponde otorgarle al procedimiento ma-

⁸⁹⁵ Ley 12.008 y modif, artículo 23 (según ley 13.101): “Oportunidad. Caducidad de las medidas cautelares. 1. Las medidas cautelares podrán solicitarse en modo anticipado, simultáneo o posterior a la promoción de la demanda. Se decretarán sin audiencia de la otra parte; sin perjuicio de lo cual el juez, en atención a las circunstancias del caso, podrá requerir un informe previo a la parte demandada o a la alcanzada por la medida solicitada, que deberá ser contestada en un plazo no mayor de cinco (5) días...”. Ampliar en Hutchinson, Tomás, “Código Procesal Contencioso Administrativo Provincia de Buenos Aires. Concordado y comentado. Jurisprudencia”, Scotti Editora, La Plata, 2005: “esta norma faculta al juez, en atención a las circunstancias del caso a requerir un informe previo a la parte demandada”, p. 182.

⁸⁹⁶ Ver el anexo de la obra de González Pérez, Jesús y Cassagne, Juan Carlos, “La Justicia Administrativa en Iberoamérica”, Editorial Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

⁸⁹⁷ Vallefín, Carlos A, “Protección Cautelar Frente al Estado”, Lexis Nexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 130.

yor bilateralidad. Es decir, la valoración ya no la hace únicamente el juez interviniente, sino que, desde la propia norma, se indica un criterio de protección o tutela diferenciada a fin de brindar mayores garantías a determinados derechos y sujetos de especial protección, por imposición expresa de normativa de derechos humanos constitucionalizada en 1994.

Hutchinson considera que “La conveniencia de que el trámite de las medidas cautelares sea un proceso tiene ventajas. El juez tiene mayor conocimiento de la situación; conoce los argumentos de ambas partes; la medida que dicta tiene mayor fuerza, pues ha escuchado los argumentos de ambas. Esta situación lleva a que, para la sustitución o suspensión de la cautelar decretada, la Administración deberá demostrar que ha habido un cambio de situación (pues en su defensa argumentó o debió hacerlo, acerca del perjuicio al interés público que significaría su dictado)”⁸⁹⁸. Finalmente, adhiero a los argumentos vinculados a la práctica judicial expuestos por el Profesor Vallefin quien se manifestó a favor de otorgar traslado de la solicitud de la medida cautelar, cuando las circunstancias objetivamente lo permitan, y –agrego por mi parte– cuando además no estén en juego derechos fundamentales. Así dijo “Pero, a nuestro juicio, el sistema procesal, sin sacrificio de ningún principio, puede mejorar las posibilidades de acierto del régimen cautelar. Si, como se expuso supra la unilateralidad se justifica cuando concurren obvias razones de efectividad, cuando ésta no esté comprometida, puede abrirse camino para la bilateralidad...Además, el magistrado contaría con mayores elementos para decidir. En otros términos, incrementaría las posibilidades de acierto y honraría más –si se quiere– el principio de contradicción, permitiendo que aún tratándose de medidas cautelares, éste rigiera con plenitud desde antes de que se dispusiera su traba.”⁸⁹⁹

⁸⁹⁸ Hutchinson, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, Tomo III, p. 542 y sgtes.

⁸⁹⁹ Vallefin, Carlos A, “Protección...”, *Ob. Cit.*, p. 130.

4.3. Medidas cautelares dictadas por jueces incompetentes (art. 2º)⁹⁰⁰

El artículo 2º en cuestión es una de las normas centrales de la ley ya que, al resolver la cuestión de las medidas dictadas por jueces incompetentes, establece la clasificación central de la norma que permite diferenciar los casos en que se intenta proteger derechos fundamentales (vida digna, salud, derechos alimentarios y medioambientales) de aquellos en que se defienden derechos de contenido patrimonial (Esta cuestión será abordada con mayor profundidad en el siguiente punto).

La competencia es el derecho y el deber de los órganos judiciales de juzgar un caso concreto, con excepción de otros órganos jurisdiccionales. Así, la competencia es *“la aptitud que la ley otorga a los jueces para conocer en las distintas controversias que le son planteadas, en atención a la materia, grado, valor o respecto de un territorio determinado”*⁹⁰¹. El principio en materia de competencia es que, al ser las medidas cautelares un anticipo de la garantía de fondo, las mismas deben ser resueltas por el juez competente según lo disponen las leyes procesales.

En tal sentido el artículo 196 del CPCC de la Nacional dispone que *“Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. Sin embargo,*

⁹⁰⁰ **Artículo 2º- Medidas cautelares dictadas por Juez incompetente.** 1. Al momento de resolver sobre la medida cautelar solicitada el juez deberá expedirse sobre su competencia, si no lo hubiera hecho antes. Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. 2. La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental. En este caso, ordenada la medida, el juez deberá remitir inmediatamente las actuaciones al juez que considere competente, quien, una vez aceptada la competencia atribuida, deberá expedirse de oficio sobre el alcance y vigencia de la medida cautelar concedida, en un plazo que no podrá exceder los cinco (5) días.

⁹⁰¹ Gozáini, Osvaldo Alfredo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, Tomo 1, pág. 2.

la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia. El juez que decretó la medida, inmediatamente después de requerido remitirá las actuaciones al que sea competente”.

El segundo artículo de la ley 26.854 resuelve esta cuestión al disponer que “*los jueces deberán abstenerse de declarar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia*”, salvo en los casos en los que “*se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental*”. Es decir el magistrado que prevenga, si se trata de un caso en que se encuentre en juego derechos fundamentales como los expresados en la norma, podrá dictar la medida cautelar que corresponda a fin que el trámite de incompetencia no vulnere un derecho constitucional del accionante, remitiendo luego el expediente al juez competente, quien deberá expedirse de oficio sobre tal medida. Si en el caso se discute sobre un derecho de carácter patrimonial, el juez incompetente –en cumplimiento del principio general anteriormente expuesto– no podrá expedirse sobre ninguna de las cuestiones que la ley y la constitución le vedan.

Como surge de lo hasta aquí expuesto, la norma en análisis mantiene los criterios clásicos respecto de la atribución de competencia que guían todos los procesos judiciales, especificando los casos en los que se permite apartarse del principio de competencia legal con fundamento en la importancia y trascendencia para la sociedad de los derechos constitucionales básicos en juego.

4.4. La especial protección cautelar de los derechos fundamentales (art. 2º, inc. 2, 4º, inc. 3; 10º, inc. 2; 13º, inc. 3)

El nuevo régimen procesal dispone una especial protección judicial en aquellos casos en que se encuentre comprometida la vida digna confor-

me la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. Además establece que también tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

El Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, sostuvo que “También debe evaluarse el alcance de los derechos expresamente tutelados, “a la salud, a un derecho de naturaleza alimentaria”, e incluso el de “un derecho de naturaleza ambiental”, y la omisión de otros tales como la integridad física, psíquica y emocional, la libertad personal, la libertad sindical, el acceso a la información pública, o la educación, entre otros.”⁹⁰²

La interpretación que los magistrados efectúen al aplicar la ley 26.854 deberá considerar que los derechos humanos se caracterizan por su interdependencia e indivisibilidad⁹⁰³ y esto implica que la protección específica dispuesta en la norma debe extenderse a situaciones en las que estén en juego o puedan verse afectados otros derechos fundamentales, ya sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales. Los jueces deben aplicar la legislación interna de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado, posibilitando la plena protección de los derechos humanos. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al referirse a la forma en que estos derechos deben judicializarse, expresó que “La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales de proteger los derechos

⁹⁰² Ver Informe del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (www.derechoshumanos.unlp.edu.ar).

⁹⁰³ Gros Espiell, Héctor, “Estudios sobre Derechos Humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1986: “Los derechos del hombre constituyen un complejo integral, interdependiente e indivisible, que pese a la subsistencia todavía hoy de hondas discrepancias en cuanto a su respectiva naturaleza y esencia jurídica, comprende necesariamente los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales”

de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.” (Observación General N° 9, párr. 10).

Además es exigible a los integrantes del Poder Judicial que efectúen una interpretación progresiva, con aplicación concreta al caso del principio *pro persona*, entendido como un criterio rector según el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico, y recurrir a la norma o interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.⁹⁰⁴ En materia de derechos sociales, el comité específico ha dicho que “dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar el que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión de los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en derechos humanos.” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 9, párr. 14).

Así, tal como lo explica el informe del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UNLP⁹⁰⁵, es necesario determinar algún parámetro válido de medición para identificar a los “sectores

⁹⁰⁴ Ver, Salvioli, Fabián, “Transparencia y Políticas Públicas: Dimensiones contemporáneas de los derechos humanos”, en Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in honores Nelson Mandela, Joaquín González Ibáñez (dir), Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2009. Ampliar en Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

⁹⁰⁵ Informe del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (www.derechoshumanos.unlp.edu.ar): “Dicha norma merece un estudio profundo en perspectiva de derechos humanos, siendo, sólo a título de ejemplo, inicialmente preocupante la limitación de su ámbito de aplicación, como así también la ambigüedad con las que se expresan los supuestos protegidos en el artículo 2. Así, se

socialmente vulnerables acreditados en el proceso” que la ley protege especialmente. No caben dudas que esa será una tarea de la interpretación judicial, pero no obstante ello, podemos aquí replicar algunos conceptos de utilidad para dicha labor.

Adquiere relevancia en esta tarea hermenéutica determinar el sujeto de la tutela procesal diferenciada, identificando a tales efectos a los grupos vulnerables, entendiendo que lo integran aquellos que, ya sea por razones o condiciones económicas, sociales, culturales o legales, en general, hegemónicas o dominantes, y de carácter discriminatorio se ven especialmente desplazados del goce efectivo de sus derechos.⁹⁰⁶

Esta técnica procesal de diferenciación positiva parte de la idea de beneficiar a través del derecho a las personas y grupos vulnerables, mediante medidas especiales que atiendan a sus necesidades propias, para ello resulta determinante incorporar “como un elemento signifi-cante, de imprescindible consideración, la situación de la persona en su identificación con los colectivos vulnerables, hilvanándose desde allí su condición desaventajada en su interacción con la Justicia”.⁹⁰⁷

Como ya vimos, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, establecen como uno de sus objetivos “priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas” (Sección 1º, párr. 2), agregando el concepto de personas en situación de vulnerabilidad, a fin de establecer los beneficiarios de las medidas. En su Sección 2º dice el documento que “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstan-

habla de “sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso” sin determinar parámetros válidos de medición...”

⁹⁰⁶ Wlasic, Juan Carlos, “Manual Crítico de Derechos Humanos”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011.

⁹⁰⁷ Nogueira, Juan Martín y Schapiro, Hernán, “Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia”, Librería Editora Platense, La Plata, 2012, p.60.

cias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”.⁹⁰⁸

También surge de nuestro ordenamiento nacional integrado con normas protectorias de los derechos humanos proveniente de la órbita nacional como internacional, que existen grupos o sujetos de especial protección por parte del Estado como la mujer; los niños, niñas y adolescentes; las personas con discapacidad⁹⁰⁹; los adultos mayores; los

⁹⁰⁸ Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia los días 4 a 6 de marzo de 2008.

⁹⁰⁹ En el sistema universal, entró en vigor en el año 2008 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención y su protocolo facultativo fueron ratificados por la Argentina el 2 de septiembre de 2008, mediante el dictado de la ley 26.378 -sancionada el 21-05-08 y promulgada el 6-06-08.). A nivel regional la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estableció por su parte, que toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Así, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito como: ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso; proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos; incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo; y estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena. En el año 1999 se adoptó la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ratificada por Argentina el 10 de enero de 2001

pueblos indígenas; los trabajadores; las personas migrantes y las personas detenidas o privadas de la libertad.

Dicho esto, volvamos al texto de la ley en estudio y veamos sus alcances.

4.4.1. La vida digna según la Convención Americana de Derechos Humanos

La nueva categoría de casos tutelados en forma diferenciada se destaca aquellos en que se encuentre comprometida la vida digna conforme la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que es una cuestión fundamental para toda persona, poder desarrollar su vida de manera tal que no vea vulnerada su dignidad más elemental.

El Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP destacó que “se alude al caso en el que “se encuentre comprometida la vida digna conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos” sin que el referido instrumentos recepte de ese modo al derecho señalado. Aún cuando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado un valioso desarrollo del llamado “proyecto de vida”, la construcción jurídica no es pacífica en la producción del tribunal, ya que en casos que han sido fácticamente similares no siempre ha referido al “proyecto de vida” o a la “vida digna” en sus abordajes al interpretar y

mediante el dictado de la ley 25.280 –sancionada el 6-07-00 y promulgada el 31-07-00–) la cual indica en su Preámbulo que los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano. Por otra parte consagró un catálogo de obligaciones que los Estados deben cumplir con el objetivo de alcanzar la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad. Por último se aprobó en la Asamblea General de la OEA la Declaración del Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las personas con discapacidad –2006/2016–.

aplicar el artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica”⁹¹⁰. Si bien la crítica es correcta en cuanto a la imprecisa técnica legislativa de remisión, no existen dudas interpretativas respecto a que la norma hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal regional que interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos, pues de lo contrario se caería en el absurdo de entender que los legisladores hicieron una remisión al vacío. Por otra parte –en cuanto a los alcances que la Corte le ha dado al concepto “vida digna”– la interpretación judicial de las decisiones de dicho órgano interamericano debe realizarse de una forma progresiva, con aplicación concreta al caso del principio *pro persona*, entendido como un criterio rector según el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico, y recurrir a la norma o interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.⁹¹¹

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, 1999), estableció su criterio jurisprudencial sobre la amplia dimensión o alcance del derecho fundamental a la vida, abarcando también las condiciones de una vida digna. Dijo el Tribunal que: “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admi-

⁹¹⁰ Ver Informe del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (www.derechoshumanos.unlp.edu.ar).

⁹¹¹ Ver, Salvioli, Fabián, “Transparencia y Políticas Públicas: Dimensiones contemporáneas de los derechos humanos”, en *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho*. *Studia in honores Nelson Mandela*, Joaquín González Ibáñez (dir), Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2009. Ampliar en Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

bles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.”

Además de la fuente regional el concepto debe complementarse con lo establecido en los siguientes tratados de derechos humanos: art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. I de la Declaración Americana de Derechos Humanos; art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, en adelante PSJCR); art. 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en adelante DCP); art. 6 de la Convención de Derechos del Niño; art. 11 del PIDESC y el art. 27.1 de la Convención de los Derechos del Niño, que hacen referencia a un “*nivel de vida adecuado*”, con fundamento en lo vertido en el voto concurrente conjunto de los jueces Antônio A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Villagrán Morales y otros*” cuando dicen los mencionados jueces que “*La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho a vivir con dignidad*”.

Partiendo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la referida normativa internacional –incorporada por nuestra constitución al ordenamiento nacional– se puede entender por derecho a un nivel de vida adecuado aquel que asegura a la persona y su familia un servicio eficiente de salud, de acceso a la alimentación, al agua y vestido necesario, a un medio ambiente apto para el desarrollo, de disfrute de una vivienda adecuada, de un servicio de seguridad social para casos de desempleo, enfermedad, viudez y otras situaciones de pérdida de medios de subsistencia por circunstancias independientes de la voluntad de las personas, comprendiendo, en general, el dere-

cho a que el Estado brinde y garantice todas las prestaciones sociales necesarias para concretar una vida digna.⁹¹²

Finalmente, como explica Krikorian, “así como hay una sola dignidad humana, los derechos humanos que permiten hacerla realidad son también indivisibles”⁹¹³, de lo que se desprende que la enunciación realizada en el artículo 2º, inciso 2 de la nueva ley de medidas cautelares no reviste carácter taxativo ni es un número cerrado de situaciones, por el contrario, la lectura que debe hacerse del mismo se impone generosa, progresiva y abarcadora de otros derechos no enumerados como a la educación, a la vivienda, a un ambiente sano, a la cultura, al agua, a la seguridad social, etc., que –como vimos– llenan de contenido al concepto de vida digna.

4.4.2. El derecho a la salud

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.⁹¹⁴ Christian Courtis y Víctor Abramovich enuncian los dos aspectos que integran el contenido del derecho a la salud, en el que uno implica obligaciones tendentes a evitar que la salud sea dañada, sea por la conducta de terceros –tanto del Estado como de otros particulares–, o por otros factores controlables y otro incorpora también obligaciones tendentes a asegurar la asistencia médica –derecho a la atención o asistencia sanitaria– una vez producida la afectación a la salud.⁹¹⁵

Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del artículo 25 de

⁹¹² Ver Saggese, Federico, “El derecho a un nivel de vida adecuado”, Librería Editora Platense, La Plata, 2009.

⁹¹³ Krikorian, Marcelo, “Derechos Humanos, políticas públicas y rol del FMI. Tensiones, errores no asumidos y replanteos”, Librería Editora Platense, La Plata, 2013, p.35.

⁹¹⁴

⁹¹⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, [La Ley 2001-D, 22](#).

la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas “medidas que deberán adoptar los Estados Partes... a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”. Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.

La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos.

Así la CSJN ha recordado que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (Fallos: 310:112; 312:1953, entre otros) y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479; 324:3569), puntualizando con especial énfasis tras la reforma constitucional del año 1994 que “la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (cfr. arts. 42 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229, entre otros)”⁹¹⁶

La Corte reconoció el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como al deber de los Estados parte de procurar su satisfacción, señalando que entre la medidas a ser adoptadas para garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12, PIDESC), y a la asunción del Estado de su obligación “hasta el máximo de los recursos posibles” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en ese tratado (art. 2º.1, PIDESC).⁹¹⁷

⁹¹⁶ CSJN, I. 248. XLI. RECURSO DE HECHO causa “I., C. F. c/ provincia de Buenos Aires s/amparo”, res. del 30/09/2008.

⁹¹⁷ CSJN, caso “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c.Ministerio de Salud y Acción Social -Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho”, 24/10/2000. CSJN y CNContenciosoadm.Federal, sala I, caso “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional s/ amparo ley 16.986, fallos de 1/6/2000 y 5/3/1998 -LA LEY, 1999-F, 749 (42.063-S)-, respectivamente; CCiv. y Com., Bahía Blanca, sala II, caso “C. y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires, 2/9/1997; CNContenciosoadm.Federal, sala IV, caso “Viceconte, Mariela c. Estado nacional -Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986”, 2/6/1998 -LA LEY, 1998-F, 305-; CNCiv., Neuquén, sala II, caso “Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo”, 19/5/1997.

4.4.3. Los derechos de naturaleza alimentaria

La protección a los derechos de naturaleza alimentaria tiene raíz constitucional, por lo que adquiere particular relevancia el análisis de los tratados internacionales que dan sustento al derecho alimentario conjuntamente con las normas fundales, como las disposiciones contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de manera especial, en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Así, la previsión legal respecto de los derechos de naturaleza alimentaria se encuentra en línea con los principios y garantías constitucionales vinculadas al Derecho del Trabajo, como la justicia social y el resguardo de la dignidad del trabajador en un marco de progresivo desarrollo social (arts. 14 bis y 75 incs. 19 y 22, C.N.; 14 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 32.2 del Pacto de San José de Costa Rica).

El derecho a una alimentación adecuada está reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales trata el derecho a una alimentación adecuada más extensamente que cualquier otro instrumento internacional. En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto, los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”, y en el párrafo 2 del artículo 11 reconocen que posiblemente deberán adoptarse medidas más inmediatas y urgentes para garantizar “el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre” y la malnutrición. El derecho a una alimentación adecuada es de importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos. Ese derecho se aplica a todas las personas; por ello la frase del párrafo 1 del artículo 11 “para sí y su familia” no entraña ninguna limitación en cuanto a la aplicabilidad de este derecho a los individuos o a los hogares dirigidos por una mujer.

Por otra parte la Observación General N° 12 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, referida al derecho a una alimentación adecuada (Art. 11 PIDESC) dispone que toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a una alimentación adecuada debe tener acceso a recursos judiciales adecuados o a otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional. Todas las víctimas de estas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada que puede adoptar la forma de restitución, indemnización, compensación o garantías de no repetición. Los defensores nacionales del pueblo y las comisiones de derechos humanos deben ocuparse de las violaciones del derecho a la alimentación.

Nuestra CSJN, ordenó cautelarmente en la causa “Esquivel”⁹¹⁸ que el Estado de la Provincia de Buenos Aires y el Municipio de Quilmes provean alimentos necesarios para la familia accionante, con seis niños con severos cuadros de desnutrición, a fin de asegurar una dieta que cubriese las necesidades nutricionales básicas. A similar solución llegó el Tribunal en las causas “Rodríguez, Karina”⁹¹⁹ y “Quiñone, Alberto”⁹²⁰. También en el caso “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra”⁹²¹ la Corte ordenó al Estado Nacional y a la provincia del Chaco suministrar agua potable y alimentos para ciertas comunidades indígenas que se encontraban en condiciones de extrema vulnerabilidad social.

4.4.4. Los derechos ambientales

El derecho a la preservación del medio ambiente está expresamente reconocido en la Constitución nacional, en sus arts. 41 y 43, en los pactos internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía cons-

⁹¹⁸ CSJN, Fallos 329:548, sentencia del 07-03-2006.

⁹¹⁹ CSJN, Fallos 329:553, sentencia del 07-03-2006.

⁹²⁰ CSJN, Fallos 329:2759, sentencia del 11-07-2006.

⁹²¹ CSJN, Fallos 330:4134, sentencia del 18-09-2007.

titucional –art. 75 inc. 22 Constitución nacional– y en numerosas normas sobre defensa ambiental a nivel nacional, provincial y municipal.⁹²²

El “derecho ambiental”, es un derecho a la vida, pues sirve para proteger la integridad física de la persona y es inherente también a la libertad y a la igualdad, por cuanto protege asimismo su integridad moral. Así el derecho al ambiente halla ingreso en el ordenamiento jurídico como un derecho de la personalidad, atento inclusive que otros de ellos hoy indiscutidos (como la integridad física y la salud), se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psico-físico del hombre. Máxime en virtud que la categoría de los derechos personalísimos no configura un elenco cerrado y debe recibir en su seno nuevos intereses surgentes de las transformaciones sociales. El tratamiento de los temas de derecho ambiental requiere una participación activa de la judicatura, la que si bien de alguna manera pudiera afectar el clásico principio de congruencia, en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos.

La cláusula incorporada por la reforma de 1994 en el art. 41 de la Constitución nacional implica el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como que la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configura una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditada en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente reformador de enumerar y jerarquizar con rango supremo un derecho preexistente.

La normativa ambiental aplicable, debe interpretarse en consonancia con las reglas y fines que, con sentido eminentemente protector, instituye el régimen constitucional al consagrar derechos, atribuciones y deberes fundamentales, en la cláusula del artículo 41 de la Constitución

⁹²² Falbo, Anibal J y Hutchinson, Tomás, “Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Buenos Aires”, Librería Editora Platense, La Plata, 2011.

Nacional. Tales enunciados normativos determinan que todos los habitantes tienen derecho a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado, recayendo, primordialmente sobre los poderes públicos –incluyendo obviamente el municipal– el deber de conservarlo y protegerlo.⁹²³

4.5. Objeto de la pretensión cautelar (art. 3º)⁹²⁴

En su tercer artículo la ley reglamenta el objeto de la pretensión cautelar y su idoneidad, haciendo hincapié en su primer inciso en la posibilidad de solicitar la medida en forma previa, simultánea o con posterioridad a la interposición de la demanda. Este criterio temporal generoso se encuentra en línea con las regulaciones procesales administrativas de los estados provinciales.

En el segundo inciso se regula la forma en que debe peticionarse la medida precautoria disponiendo que la pretensión cautelar indicará de manera clara y precisa el perjuicio que se procura evitar; la actuación u omisión estatal que lo produce; el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar; el tipo de medida que se pide; y el cumplimiento de los requisitos que correspondan, en particular, a la medida requerida.

⁹²³ Ampliar en Botassi, Carlos Alfredo, “Derecho Administrativo Ambiental”, Librería Editora Platense, La Plata, 1997; Morello, Augusto y Cafferatta, Néstor A, “Visión Procesal de Cuestiones Ambientales”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.

⁹²⁴ **Artículo 3º- Idoneidad del objeto de la pretensión cautelar.** 1. Previa, simultáneamente o con posterioridad a la interposición de la demanda se podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que de acuerdo a las reglas establecidas en la presente resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso. 2. La pretensión cautelar indicará de manera clara y precisa el perjuicio que se procura evitar; la actuación u omisión estatal que lo produce; el derecho o interés jurídico que se pretende garantizar; el tipo de medida que se pide; y el cumplimiento de los requisitos que correspondan, en particular, a la medida requerida. 3. El juez o tribunal, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público, podrá disponer una medida precautoria distinta a la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se intente proteger y el perjuicio que se procura evitar. 4. Las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal.

También regula –en su inciso tercero– la capacidad de los magistrados de otorgar una medida cautelar distinta a la solicitada, de acuerdo a las circunstancias fácticas del caso y el nivel de afectación del interés público. Así dispone que el juez o tribunal, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público, podrá disponer una medida precautoria distinta a la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se intente proteger y el perjuicio que se procura evitar.

Finalmente en su inciso 4° y último, el artículo establece que las medidas no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal, en coincidencia con la jurisprudencia que así lo dispone⁹²⁵. Como lo explica Gozaíni, la intención del legislador es evitar la procedencia de las llamadas medidas autosatisfactivas⁹²⁶, en coincidencia con el criterio de la CSJN según el cual “los beneficiarios de las medidas cautelares autosatisfactivas decretadas por tribunales inferiores han obtenido un lucro indebido a costa del sistema, en definitiva del país, y de quienes encontrándose en similares circunstancias no solicitaron o no obtuvieron ese disparatado beneficio”⁹²⁷. Si bien, a primera vista pareciera ser una dificultad para el peticionante de la medida, como lo explica Agustín Gordillo, esto se resuelve solicitando en la demanda como pretensión de fondo más “que lo que se va a pedir en la cautelar”⁹²⁸. Aún cuando la jurisprudencia que exige, como principio de carácter general, la no coincidencia de las pretensiones fondal y cautelares, también existen precedentes que en materia de salud excepcionan el requisito en estudio.

⁹²⁵ CNFed CA, sala III, causa “Schroeder”, publicado en LL, 1995-D, 304.

⁹²⁶ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “*Medidas Cautelares contra el Estado*”, La Ley, Edición del 06/05/13, p.4.

⁹²⁷ CSJN, Fallos 327:4495, en autos “Bustos”.

⁹²⁸ Gordillo, Agustín, “Cien notas de Agustín. Notas asistemáticas de un lustro de jurisprudencia de derecho administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999.

4.6. Informe previo (art. 4º)⁹²⁹

Como ya lo expresamos, la norma establece la solicitud de un informe a la demandada como requisito previo al dictado de la medida cautelar, disponiendo dos excepciones cuando circunstancias graves y objetivamente imposterables lo justificaran y/o cuando se encontrare afectado uno de los derechos fundamentales previstos en el artículo 2, inciso 2 de la ley.

Prevé el artículo 4º que solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco (5) días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud. Con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes. Sólo cuando circunstancias graves y objetivamente imposterables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo

⁹²⁹ **Artículo 4º- Informe previo.** 1. Solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco (5) días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud. Con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes. Sólo cuando circunstancias graves y objetivamente imposterables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción. Según la índole de la pretensión el juez o tribunal podrá ordenar la vista previa al Ministerio Público. 2. El plazo establecido en el inciso anterior no será aplicable cuando existiere un plazo menor especialmente estipulado. Cuando la protección cautelar se solicitase en juicios sumarísimos y en los juicios de amparo, el término para producir el informe será de tres (3) días. 3. Las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada.

fijado para su producción. Según la índole de la pretensión el juez o tribunal podrá ordenar la vista previa al Ministerio Público. 2. El plazo establecido en el inciso anterior no será aplicable cuando existiere un plazo menor especialmente estipulado. Cuando la protección cautelar se solicitase en juicios sumarísimos y en los juicios de amparo, el término para producir el informe será de tres (3) días. 3. Las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada.

La CSJN ha dicho que debe existir una interpretación armónica de la eficacia de las garantías sustantivas y procesales con el ejercicio individual de los derechos individuales protegidos constitucionalmente, debiendo entenderse que “el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado”⁹³⁰.

Por último, como hemos visto antes, la norma en cuestión respeta el principio de bilateralidad y contradicción de los procesos judiciales, posibilitando a la parte contraria el ejercicio de su derecho de defensa, en cumplimiento de la garantía constitucional del debido proceso (arts. 18 de la C.N.; artículo 10, Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo XXVI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 8.1., Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 37, inc. d) y 40, inc. 2, ap. b.iii, Convención sobre los Derechos del Niño, integrantes del cuerpo mismo de la Carta Magna, por remisión de su art. 75, inc. 22).

⁹³⁰ CSJN, Fallos: 211:1056 y 215:357.

4.7. Vigencia temporal (art. 5º)⁹³¹, provisionalidad (art. 6º)⁹³², modificación (art. 7º)⁹³³ y caducidad (art. 8º)⁹³⁴ de las medidas cautelares

La interinidad y mutabilidad constituyen notas típicas en las medidas cautelares, y el esquema asegurativo provisoriamente trabado subsiste mientras se mantengan las circunstancias que lo determinaron, care-

⁹³¹ **Artículo 5º - Vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado.** Al otorgar una medida cautelar el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podrá ser mayor a los seis (6) meses. En los procesos de conocimiento que tramiten por el procedimiento sumarísimo y en los juicios de amparo, el plazo razonable de vigencia no podrá exceder de los tres (3) meses. No procederá el deber previsto en el párrafo anterior, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2. Al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis (6) meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable. Será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida. Si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8º segundo párrafo.

⁹³² **Artículo 6º - Carácter provisional.** 1. Las medidas cautelares subsistirán mientras dure su plazo de vigencia. 2. En cualquier momento en que las circunstancias que determinaron su dictado cesaren o se modificaren, se podrá requerir su levantamiento.

⁹³³ **Artículo 7º - Modificación.** 1. Quien hubiere solicitado y obtenido una medida cautelar podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución, justificando que ésta no cumple adecuadamente la finalidad para la que está destinada. 2. Aquél contra quien se hubiere decretado la medida cautelar podrá requerir su sustitución por otra que le resulte menos gravosa, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho de quien la hubiere solicitado y obtenido. 3. La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco (5) días en el proceso ordinario y de tres (3) días en el proceso sumarísimo y en los juicios de amparo.

⁹³⁴ **Artículo 8º - Caducidad de las medidas cautelares.** 1. Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes de la interposición de la demanda, si encontrándose agotada la vía administrativa no se interpusiere la demanda dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba. Cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez (10) días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa. 2. Las costas y los daños y perjuicios causados en el supuesto previsto en el primer párrafo del inciso 1 del presente, serán a cargo de quien hubiese solicitado y obtenido la medida caduca, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción de la demanda; una vez iniciada la demanda, podrá requerirse nuevamente si concurrían los requisitos para su procedencia.

ciendo de importancia que la resolución se encuentre consentida o ejecutoriada sin que la preclusión ni la cosa juzgada formal puedan oponerse como obstáculo para su reexamen. Como lo sostuviera la CSJN, “según las más tradicionales caracterizaciones doctrinarias, la esencia de las medidas cautelares es su provisionalidad. Esto significa que siempre la medida se extingue ante la decisión cognitiva de fondo o la decisión final administrativa. Se trata en todos los casos de resoluciones jurisdiccionales precarias, nunca definitivas.”⁹³⁵

Así el artículo 7 establece la modificación de las medidas cautelares disponiendo que quien hubiere solicitado y obtenido una medida cautelar podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución, justificando que ésta no cumple adecuadamente la finalidad para la que está destinada. Agrega la norma que aquél contra quien se hubiere decretado la medida cautelar podrá requerir su sustitución por otra que le resulte menos gravosa, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho de quien la hubiere solicitado y obtenido. Por último indica la norma que la resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco (5) días en el proceso ordinario y de tres (3) días en el proceso sumarísimo y en los juicios de amparo.

Por su parte el artículo 6 regula el carácter provisional de las medidas cautelares, al afirmar que subsistirán mientras dure su plazo de vigencia y que en cualquier momento en que las circunstancias que determinaron su dictado cesaren o se modificaren, se podrá requerir su levantamiento.

En su artículo 5º legisla la norma respecto de la vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado, siendo este uno de los puntos más criticados de la regulación procesal de las medidas cautelares. Dice la norma que al otorgar una medida cautelar el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podrá ser mayor a los seis (6) meses, disponiendo un plazo inferior para los procesos sumarísimos y el amparo. Agrega que al vencimiento del térmi-

⁹³⁵ CSJN; “Grupo Clarín SA y otros s/ medidas cautelares”.

no fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis (6) meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable.

Como surge de una interpretación literal de la norma, el juez podrá otorgar prórrogas sucesivas al plazo de vigencia de la medida cautelar, de acuerdo a las circunstancias del caso y con la debida fundamentación. Una interpretación progresiva de la norma no es compatible con una lectura que limite más allá del texto legal el número de prórrogas a un solo período.⁹³⁶ Entiendo que si se interpreta que la vigencia de la protección cautelar puede extenderse como plazo máximo a un año, cuando es sabido que los procesos superan holgadamente dicho intervalo de tiempo, la ley así aplicada efectivamente violentaría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado por nuestro sistema constitucional.

Además la norma dispone que será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida y agrega que si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8° segundo párrafo.

Esta reglamentación de la vigencia temporal de las medidas cautelares se enmarca en las consideraciones emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Grupo Clarín SA y otros s/ medidas cautelares”. Allí sostuvo el Tribunal que a los fines de valorar la razonabilidad del plazo de vigencia de una medida cautelar “resulta imprescindible evaluar el tipo de proceso iniciado, la complejidad de la materia objeto de la controversia, la conducta asumida por las partes

⁹³⁶ Considero que incurre en una interpretación restrictiva Gozáini, Osvaldo Alfredo, “*Medidas Cautelares contra el Estado*”, La Ley, Edición del 06/05/13, al sostener que la prórroga “sólo puede ser por un período similar de seis meses”, p. 6.

luego de dictada la medida cautelar así como también la importancia de los intereses en juego en el proceso.” (Cons. 6º).

En esa línea argumental, la Corte dijo que “El reemplazo del derecho de fondo al que se llega por la vía de una cognición plasmada en sentencia firme, por un derecho precario establecido en función de medidas cautelares, constituye una lesión al objetivo de afianzar la justicia señalado en el propio Preámbulo de la Constitución Nacional. En definitiva, es deber de las partes y del juez solucionar el conflicto de modo definitivo en un tiempo razonable y no buscar soluciones provisionales que se transforman en definitivas. Este agotamiento de la pretensión jurídica mediante la obtención de la medida cautelar es algo que no puede analizarse en abstracto, sino incorporando la dimensión temporal en la evaluación de las circunstancias concretas de cada caso, por imperio del mandato constitucional de afianzar la justicia. Y es aquí donde la jurisdicción debe observar la más cuidadosa cautela en miras al tiempo: si bien en algunos casos el curso del tiempo no afecta la naturaleza provisoria de la medida cautelar, porque dadas las particulares características no satisface el requerimiento de fondo ni se aproxima progresivamente a este, no es menos cierto que en otros casos es este el efecto que provoca.”

Por último, y como ya adelantáramos, el establecimiento de un límite temporal prorrogable para la vigencia de las medidas cautelares no procederá cuando esté en juego la tutela de los derechos fundamentales enumerados en el artículo 2º, inciso 2. Aquí nuevamente en acción la tutela procesal diferenciada que estructura la nueva ley de cautelares contra el Estado Nacional.

Finalmente en su artículo 8º reglamenta de una forma tradicional el régimen de caducidad de las medidas cautelares al establecer que se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes de la interposición de la demanda, si encontrándose agotada la vía administrativa no se interpusiere la demanda dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba. Agrega que cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto

judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez (10) días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa. En cuanto a las costas y los daños y perjuicios causados en el supuesto previsto en el primer párrafo del inciso 1 del presente, dispone que serán a cargo de quien hubiese solicitado y obtenido la medida caduca, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción de la demanda; una vez iniciada la demanda, podrá requerirse nuevamente si concurrieren los requisitos para su procedencia. Esta normativa no se aparta de lo dispuesto en otros regímenes procesales provinciales que regulan la caducidad en similar sentido.

4.8. Afectación de recursos y bienes del Estado (art. 9°)

En su artículo 9°⁹³⁷ la ley establece que los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado. Un antecedente de este tipo de protección de los bienes estatales podemos encontrarlo en el artículo 36 de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz que prohíbe que los bienes y rentas de la provincia o de los municipios puedan ser objeto de medidas cautelares o preventivas. Tampoco podrán imponerse a los funcionarios cargas personales pecuniarias.

En mi opinión esta norma tiene su correlato en las prerrogativas típicas que el derecho administrativo reconoce al Estado en su labor de protección del interés público de toda la comunidad. La utilidad de este tipo de normas respecto de la protección de los bienes estatales y recursos públicos estará garantizada en tanto y en cuanto su aplicación no afecte o limite los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que la protección de estos derechos universales e indisponibles que se encuen-

⁹³⁷ **Artículo 9. -Afectación de los recursos y bienes del Estado.** Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias.

tran en la base de la igualdad jurídica, es también la razón que justifica la existencia del poder público en un Estado Social y Democrático de Derecho. Aquí nuevamente es trascendente la forma en que los jueces apliquen el artículo 9º de la ley 26854.

4.9. El requisito de contracautela (arts. 10º, 11º y 12º)

En su artículo 10 la ley⁹³⁸ establece que las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional o sus entidades descentralizadas tendrán eficacia práctica una vez que el solicitante otorgue caución real o personal por las costas y daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar. Nuevamente la norma establece una función respecto de los casos en que se intente proteger uno de los derechos fundamentales enumerados en su artículo 2º inciso 2. A esta previsión se suma lo dispuesto en el artículo 11⁹³⁹, según el cual que no se exige caución si quien obtuvo la medida fuere el Estado nacional o una entidad descentralizada del Estado nacional y cuando el actor accionare con beneficio de litigar sin gastos.

Por último, en su artículo 12⁹⁴⁰ la norma establece la posibilidad de mejorar la caución, en cualquier estado del proceso. Así la parte contra quien se hubiere hecho efectiva una medida cautelar podrá pedir que se mejore la caución probando sumariamente que la fijada es insuficiente y el juez resolverá previo traslado a la otra parte.

⁹³⁸ **Artículo 10. - Contracautela.** 1. Las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional o sus entidades descentralizadas tendrán eficacia práctica una vez que el solicitante otorgue caución real o personal por las costas y daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar. 2. La caución juratoria sólo será admisible cuando el objeto de la pretensión concierna a la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2.

⁹³⁹ **Artículo 11. - Exención de la contracautela.** No se exigirá caución si quien obtuvo la medida: 1. Fuere el Estado nacional o una entidad descentralizada del Estado nacional. 2. Actuare con beneficio de litigar sin gastos.

⁹⁴⁰ **Artículo 12. - Mejora de la contracautela.** En cualquier estado del proceso, la parte contra quien se hubiere hecho efectiva una medida cautelar podrá pedir que se mejore la caución probando sumariamente que la fijada es insuficiente. El juez resolverá previo traslado a la otra parte.

4.10. Tipología de medidas cautelares: suspensiva del acto administrativo (art. 13º)⁹⁴¹, de contenido positivo (art. 14º)⁹⁴², de no innovar

⁹⁴¹ **Artículo 13. - Suspensión de los efectos de un acto estatal.** 1. La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) La no afectación del interés público; e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles. 2. El pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, sólo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco (5) días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida. En este supuesto la procedencia de la medida se valorará según los mismos requisitos establecidos en el inciso anterior. 3. La providencia que suspenda los efectos de un acto estatal será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa. El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2. 4. La entidad pública demandada podrá solicitar el levantamiento de la suspensión del acto estatal en cualquier estado del trámite, invocando fundadamente que ella provoca un grave daño al interés público. El tribunal, previo traslado a la contraparte por cinco (5) días, resolverá el levantamiento o mantenimiento de la medida. En la resolución se declarará a cargo de la entidad pública solicitante la responsabilidad por los perjuicios que irroge la ejecución, en el supuesto en que se hiciere lugar a la demanda o recurso.

⁹⁴² **Artículo 14. - Medida positiva.** 1. Las medidas cautelares cuyo objeto implique imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada, sólo podrán ser dictadas siempre que se acredite la concurrencia conjunta de los siguientes requisitos: a) Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada; b) Fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública, exista; c) Se acreditare sumariamente que el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; d) No afectación de un interés público; e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles. 2. Estos requisitos regirán para cualquier otra medida de naturaleza innovativa no prevista en esta ley.

(art. 15º)⁹⁴³, solicitadas por el Estado (art. 16º)⁹⁴⁴, y aquellas previstas para casos de interrupción de servicios públicos (art. 17º)⁹⁴⁵.

Entre la tipología desplegada en la nueva ley, se destaca la medida clásica en los procesos administrativos, consistente en la suspensión de los efectos de los actos administrativos, con algunos aditamentos que amplían los límites de la tradicional medida precautoria. En su artículo 13 la ley establece que La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad,

⁹⁴³ **Artículo 15. - Medida de no innovar.** 1. La medida de no innovar procederá cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acreditare sumariamente que la ejecución de la conducta material que motiva la medida, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad de una conducta material emanada de un órgano o ente estatal; d) La no afectación de un interés público; e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles. 2. Las medidas de carácter conservatorio no previstas en esta ley, quedarán sujetas a los requisitos de procedencia previstos en este artículo.

⁹⁴⁴ **Artículo 16. - Medidas cautelares solicitadas por el Estado.** El Estado nacional y sus entes descentralizados podrán solicitar la protección cautelar en cualquier clase de proceso, siempre que concurren las siguientes circunstancias: 1. Riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad; 2. Verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada; 3. Idoneidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal.

⁹⁴⁵ **Artículo 17. - Tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de los servicios públicos.** Cuando de manera actual o inminente se produzcan actos, hechos u omisiones que amenacen, interrumpan o entorpezcan la continuidad y regularidad de los servicios públicos o la ejecución de actividades de interés público o perturben la integridad o destino de los bienes afectados a esos cometidos, el Estado nacional o sus entidades descentralizadas que tengan a cargo la supervisión, fiscalización o concesión de tales servicios o actividades, estarán legitimados para requerir previa, simultánea o posteriormente a la postulación de la pretensión procesal principal, todo tipo de medidas cautelares tendientes a asegurar el objeto del proceso en orden a garantizar la prestación de tales servicios, la ejecución de dichas actividades o la integridad o destino de los bienes de que se trate. Lo expuesto precedentemente no será de aplicación cuando se trate de conflictos laborales, los cuales se regirán por las leyes vigentes en la materia, conforme los procedimientos a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en su carácter de autoridad de aplicación.

por existir indicios serios y graves al respecto; d) La no afectación del interés público; e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los derechos fundamentales enumerados en el artículo 2º, inciso 2.

Por su parte el Art. 14 de la ley 26.854 faculta al órgano jurisdiccional a disponer medidas de contenido positivo, con el objeto de imponer la realización de una determinada conducta a la autoridad pública demandada. Como se advierte dicha previsión legal no establece limitación alguna respecto al contenido de la medida, siendo procedente cuando ningún otro remedio cautelar resulte idóneo para asegurar al justiciable su derecho.

La medida cautelar positiva también encuentra un ámbito de aplicación frente a la necesidad de garantizar un derecho de contenido social frente a la ausencia de una determinada prestación estatal, ya que la protección cautelar procede –además de frente al acto negativo– ante la omisión del órgano o ente que ejerce funciones administrativas, toda vez que el remedio suspensivo resulta inoperante frente a la inactividad administrativa. Así el Dr. Soria ha explicado que, “...por sus propias características, el silencio y la inactividad material administrativa descartan la aplicación de una modalidad cautelar simplemente suspensiva, al menos como principio. Configurada la omisión (lo cual presupone el quebrantamiento de un deber jurídico positivo) parece necesario abrir el cauce a otras vías, suficientemente eficaces, de tutela provisional. Así como en el proceso impugnatorio la suspensión tiene probada eficacia, en los que se inicien a partir de una omisión administrativa cabe hallar similar grado de efectividad en la adopción de medidas precautorias activas o de contenido positivo”⁹⁴⁶.

⁹⁴⁶ Soria, Daniel F., *La medida cautelar positiva en el proceso administrativo* Notas sobre un nuevo avance jurisprudencial, ED, del 27-5-1999

Es decir, que el nuevo régimen procesal de las cautelares contra el Estado Nacional permite al órgano judicial ejercer su poder cautelar general a través, entre otras formas, de la emisión de mandatos dirigidos a las entidades públicas, determinándoles las precisas conductas debidas a seguir, ante las distintas modalidades de inactividad administrativa lesivas de derechos o intereses tutelados por el ordenamiento. De tal modo, podrán ordenarse a la administración conductas que se formalicen como obligaciones de dar o de hacer.

Para su procedencia es necesario la satisfacción conjunta de los siguientes requisitos; a) Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada; b) Fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública, exista; c) Se acreditare sumariamente que el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; d) No afectación de un interés público; e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles. Agrega la norma que estos requisitos regirán para cualquier otra medida de naturaleza innovativa no prevista en esta ley.

El art. 15 regula la medida cautelar de no innovar disponiendo que procederá cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acreditare sumariamente que la ejecución de la conducta material que motiva la medida, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad de una conducta material emanada de un órgano o ente estatal; d) La no afectación de un interés público; e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles. Luego agrega que las medidas de carácter conservatorio no previstas en esta ley, quedarán sujetas a los requisitos de procedencia previstos en este artículo.

Las medidas cautelares solicitadas por el Estado están previstas en el artículo 16 de la ley que dispone que el Estado nacional y sus entes descentralizados podrán solicitar la protección cautelar en cualquier cla-

se de proceso, siempre que concurren las siguientes circunstancias: 1. Riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad; 2. Verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada; 3. Idoneidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal.

En su artículo 17 la norma realiza una especial referencia a la tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de los servicios públicos, al regular que cuando de manera actual o inminente se produzcan actos, hechos u omisiones que amenacen, interrumpan o entorpezcan la continuidad y regularidad de los servicios públicos o la ejecución de actividades de interés público o perturben la integridad o destino de los bienes afectados a esos cometidos, el Estado nacional o sus entidades descentralizadas que tengan a cargo la supervisión, fiscalización o concesión de tales servicios o actividades, estarán legitimados para requerir previa, simultánea o posteriormente a la postulación de la pretensión procesal principal, todo tipo de medidas cautelares tendientes a asegurar el objeto del proceso en orden a garantizar la prestación de tales servicios, la ejecución de dichas actividades o la integridad o destino de los bienes de que se trate.

La norma realiza la correspondiente excepción respecto de los derechos sindicales y de huelga de los trabajadores, constitucionalizados en nuestro ordenamiento nacional. Así no será de aplicación esta norma cuando se trate de conflictos laborales, los cuales se regirán por las leyes vigentes en la materia, conforme los procedimientos a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en su carácter de autoridad de aplicación.

5. La nueva ley frente a normas internacionales de protección de Derechos Humanos

Al ingresar a esta cuestión, quisiera dejar establecido que por una cuestión didáctica el análisis de la nueva ley frente a la protección internacional de los derechos humanos se dividirá en dos puntos; el

primero dedicado la protección judicial efectiva, prevista como una garantía vinculada a los derechos civiles y políticos, y el segundo a fin de abordar la judicialización de los derechos económicos sociales. Esto no implica desconocer la interconexión de todos los derechos humanos y la superficialidad de la división de los mismos en las clásicas categorías temporales.

5.1. La Tutela Judicial Efectiva

Dentro del concepto genérico de “tutela judicial efectiva” se incluye una serie de garantías que se desarrollan en distintas etapas de la protección jurisdiccional de las personas y que se extienden a todos los tipos de procesos judiciales y administrativos. Como veremos, la nueva ley se enmarca en la normativa internacional que garantiza el acceso irrestricto a la justicia debiendo recordarse que la tutela cautelar no es un proceso independiente que convierte en autónomo al derecho protegido por la pretensión de fondo. Como lo explica Gozaíni, se trata de una garantía específica atada al concepto global del debido proceso e incorporada al principio de tutela judicial efectiva. Al respecto, sostuvo: “en nuestra Constitución no existe un derecho especial para conseguir la tutela cautelar, en todo caso, la garantía que el proceso ofrece como tal, debe conseguir reaseguros de su eficacia, siendo éste el que reclama una colaboración y no el derecho del que peticiona...A lo sumo, la singularidad que tiene la tutela cautelar es el poder de la jurisdicción para otorgar la medida que considere más idónea y efectiva, siendo la elección discrecionalidad de las facultades, más no una tutela diferente que efectúe con independencia del proceso donde interviene”.⁹⁴⁷

El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido producto de una larga evolución normativa, jurisprudencial y doctrinaria que comenzó creando garantías específicas dentro del proceso criminal y que culminó aglutinando en un concepto más amplio y general todos los dere-

⁹⁴⁷ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “*Medidas Cautelares contra el Estado*”, La Ley, Edición del 06/05/13, p.2.

chos y garantías que le permiten gozar al ciudadano de un servicio de justicia efectivo.

El Preámbulo de nuestra Constitución Nacional dispone como objetivo de nuestra organización política “afianzar la justicia”. Si bien los Constituyentes nacionales de 1853 no incluyeron en forma expresa en nuestra Carta Magna el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizaron a través del art. 18 la protección del “debido proceso adjetivo” y del “derecho a la defensa en juicio”⁹⁴⁸. Esta norma garantiza la existencia de un juicio previo, la intervención del juez natural, la inviolabilidad de la defensa en juicio y la prohibición de la declaración contra sí mismo⁹⁴⁹. No obstante referirse básicamente a garantías aplicables a la esfera del proceso penal, estos derechos sustanciales deben ser observados en todo tipo de proceso administrativo o judicial. Éste es el criterio aceptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ⁹⁵⁰.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado dicho precepto en autos “Domini, Dardo v. Municipalidad de Bahía Blanca” expresando que “la aludida garantía que consagra el art. 18, requiere que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle, sino a través

⁹⁴⁸ Art. 18 CN.: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

⁹⁴⁹ Ampliar en Badeni, Gregorio. “Instituciones de Derecho Constitucional”, Ed. Ad-Hoc, p. 658; Linares Quintana, Segundo V., “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, 1979, Ed. Plus Ultra.

⁹⁵⁰ Corte Sup., Fallos 310:1797

de un proceso conducido en legal forma y que concluya en el dictado de una sentencia fundada”⁹⁵¹.

El art. 24 inc. 7 in fine del decreto ley 1285/1958, luego de establecer que la Corte decidirá las cuestiones de competencia y los conflictos entre jueces y tribunales que no tengan un superior común, dice que: “Decidirá asimismo sobre el juez competente cuando su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia”. A partir de esta norma la Corte Suprema de Justicia de la Nación configuró jurisprudencialmente el concepto de “efectiva privación de justicia” que habilita su intervención a fin de restablecer la vigencia de la garantía constitucional de la defensa en juicio⁹⁵². Ha dicho al respecto que “la privación de justicia no sólo se configura cuando las personas se encuentran ante la imposibilidad de recurrir a un tribunal competente o cuando la decisión judicial se aplaza en forma irrazonable o indefinida, sino también cuando no se dan las condiciones necesarias para que los jueces puedan ejercer su imperio jurisdiccional con eficacia real y concreta que, por naturaleza, exige el orden jurídico, de manera que éste alcance su efectiva vigencia en el resultado positivo de las decisiones que la Constitución Nacional ha encomendado al Poder Judicial. Ello con tanta mayor razón cuando están en juego derechos fundamentales de las personas que merecen garantías inviolables por ser tales e integrar, además, el valioso acervo del bien común”⁹⁵³.

La obligación estatal de facilitar el acceso a la justicia dispuesto constitucionalmente, según interpretó la CSJN, “es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia de sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues

⁹⁵¹ Publicado en LL 1988-A-208

⁹⁵² Ampliar en Amadeo, José L., “Privación de justicia. Según la jurisprudencia de la Corte”, 1998, Ed. Ad-Hoc.

⁹⁵³ Corte Sup., Fallos 305:504

las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías”.⁹⁵⁴

Augusto Morello ha dicho que “el significado literal de debido proceso de ley, es, el de un proceso justo. Esto significa que ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad o propiedad, sin una oportunidad de ser oída en defensa de sus derechos”⁹⁵⁵.

A nivel internacional el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ha sido proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14), en el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 6) y en el Pacto de San José de Costa Rica de Derechos Humanos (art. 8 y 25)⁹⁵⁶.

En Alemania, como reacción a la experiencia totalitaria vivida durante el III Reich, el constituyente se preocupó por garantizar una justicia independiente y ofrecer una tutela jurisdiccional efectiva que protegiera al ciudadano frente a las violaciones de los poderes públicos en su esfera jurídica⁹⁵⁷. La constitución alemana establece en su art. 19-IV GG que “toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer del recurso, quedará abierta la vía judicial ordinaria”. Según explicó Karl Sommermann, el Tribunal Constitucional Federal subrayó siempre que la tutela judicial efectiva no puede reducirse a la condición de un derecho formal, ni detenerse en la teórica

⁹⁵⁴ CSJN, H. 270.XLII, causa “Halabi, Ernesto c/PEN –Ley 25.873- dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.686”, resolución de fecha 24-02-2009.

⁹⁵⁵ Morello, Augusto M., “El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos”, 1994, Ed. Platense/Abeledo-Perrot, p. 230

⁹⁵⁶ Hitters, Juan C., “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, 1993, Ed. Ediar.

⁹⁵⁷ Sommermann, Karl P., “La justicia administrativa alemana”, en la obra conjunta “La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado”, 1993, Ed. Civitas, Madrid, p. 33 y ss

posibilidad de acudir a los tribunales, sino que garantiza, ante todo, el derecho sustantivo a un control judicial efectivo y real⁹⁵⁸.

En España, al igual que lo sucedido en Alemania, la Constitución de 1978 fue producto de la reacción a la experiencia totalitaria que precedió a su sanción⁹⁵⁹. Treinta años, durante los cuales el gobierno autoritario del dictador general Francisco Franco⁹⁶⁰ suprimió las libertades políticas y sindicales, fueron capitalizados en la creación de un “estado de derecho” con fuertes limitaciones y controles al poder público⁹⁶¹ y con amplias garantías para los ciudadanos⁹⁶². El art. 24.1 Constitución española establece que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. El Tribunal Constitucional Español, al interpretar dicha norma, afirmó que “el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que reconoce a los ciudadanos el art. 24.1 de la Constitución, consiste

⁹⁵⁸ Sommermann, Karl P., “La justicia administrativa alemana” cit., p. 50

⁹⁵⁹ Conf. Molas, Isidre, “Derecho Constitucional”, 1998, Ed. Tecnos, Madrid, p. 33. Expresó el mencionado autor que “la Constitución española de 1978 es el resultado de un proceso de cambio político, realizado por vía pacífica, a lo largo de un período de tiempo más bien dilatado, que hizo posible el tránsito desde la dictadura franquista hasta la democracia. Este proceso se realizó de acuerdo con las exigencias de legalidad del sistema anterior, que se había ya reformado en lo imprescindible entre 1976 y 1977, pero cuyas leyes fundamentales se mantuvieron vigentes hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978”.

⁹⁶⁰ La guerra civil española tuvo su origen en una sublevación militar en Marruecos que fue encabezada por el general Francisco Franco, extendiéndose rápidamente en toda la península Ibérica, iniciando una cruenta guerra interna que causó cerca de un millón de muertos y en la que intervinieron soldados italianos, alemanes y portugueses. Después de terribles batallas (Toledo, Madrid, Brunete, Belchite, Teruel, Bilbao, Guadalajara, El Ebro, etc.), en las que triunfaron en forma indistinta los dos bandos, los nacionalistas se impusieron y entraron victoriosos en Barcelona (26/1/1939) y luego en Madrid (28/3/1939)

⁹⁶¹ El art. 9.3 Constitución española dice: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”

⁹⁶² Molas, Isidre, “Derecho Constitucional” ob. cit.

en el derecho a acceder al proceso judicial, de que conozcan los jueces y tribunales ordinarios, alegar los hechos y las argumentaciones jurídicas pertinentes y obtener una resolución fundada en Derecho, que puede ser favorable o adversa a las pretensiones ejercitadas”⁹⁶³.

En nuestro país, la sistemática violación de los derechos humanos de la población por parte del régimen militar iniciado en 1976, provocó, con el regreso de la democracia, la inmediata adhesión al sistema interamericano de Derechos Humanos a través de la sanción de la ley 23.054. Finalmente, la incorporación de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH.) a nuestra Constitución Nacional, a través de su art. 75 inc. 22, trajo como consecuencia la ampliación de las garantías y la creación del concepto de tutela judicial efectiva⁹⁶⁴.

En el ámbito de las Naciones Unidas el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 14 que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija

⁹⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20/7/1997, reproducida en el libro de Jesús González Pérez, “El derecho a la tutela jurisdiccional”, 1984, Ed. Civitas, Madrid, p. 31.

⁹⁶⁴ Colautti, Carlos E., “El Pacto de San José de Costa Rica”, 1989, Ed. Lerner; Travieso, Juan A., “Derechos Humanos y Derecho Internacional”, 1996, Ed. Heliasta; Gordillo, Agustín, “Derechos Humanos”, Fundación de Derecho Administrativo, 1997

lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores...”. En dicho ámbito el Comité de Derechos Humanos emitió la Observación General N° 13, reemplazada luego por la Observación General N° 32, que en su inciso 8 dispuso que “El derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia garantiza, en términos generales, además de los principios mencionados en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 14, los principios de igualdad de acceso e igualdad de medios procesales, y asegura que las partes en los procedimientos en cuestión sean tratadas sin discriminación alguna.”

El art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dice: “1) Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2) Los Estados parte se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial y; c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Esta norma obliga jurídicamente a los Estados parte a garantizar el servicio judicial efectivo para la protección de los derechos fundamentales.

Este derecho a la protección judicial debe ser complementado con la enumeración de garantías y derechos específicos dispuestos en el art. 8 CADH.⁹⁶⁵

⁹⁶⁵ Art. 8: “1) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2) Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante el informe 105/1999⁹⁶⁶, interpretó los arts. 8 y 25 CADH., al afirmar que “de ambas disposiciones se desprende la garantía que tiene toda persona de que se respeten las reglas básicas del procedimiento no sólo en cuanto al acceso a la jurisdicción, sino también en cuanto al cumplimiento efectivo de lo decidido. En este sentido, esta Comisión ha señalado que la protección judicial que reconoce la Convención comprende el derecho a procedimientos justos, imparciales y rápidos, que brinden la posibilidad pero nunca la garantía de un resultado favorable”.

En el mismo informe la Comisión realizó una amplia interpretación del principio de la tutela judicial efectiva, llevando sus efectos más allá del acceso a los tribunales. Dijo al respecto: “El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales”.

gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y; h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3) La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4) El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5) El proceso penal debe ser público, salvo en los que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

⁹⁶⁶ Publicado en LL 2000-F-594 con comentario del Dr. Carlos A. Botassi, “*Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos*”, p. 1 y ss.

5.2. La judicialización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁹⁶⁷

Tanto a nivel federal, como en el ámbito provincial bonaerense y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la revisión judicial de las políticas públicas y la consiguiente efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales es competencia de la justicia contencioso administrativa. A partir de las reformas constitucionales de la década de 1990 fueron creados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la jurisdicción bonaerense nuevos fueros descentralizados con compe-

⁹⁶⁷ Abramovich, Victor y Courtis, Christian: *“Los derechos sociales como derechos exigibles”*, Editorial Trotta, Madrid, 2002. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.; ALEX, Robert: *Teoría del discurso y los derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 1, Bogotá, 1995; ARANGO, Rodolfo: *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*, Legis Editores S.A, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005; BALDASARRE, Antonio: *Los Derechos Sociales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; BARROS, Isabel; VAZQUEZ, Nilda y BERLAK, Miriam: *Guía para la elaboración y diseño de proyectos*, Dirección Nacional de Asuntos Comunitarios, Buenos Aires, 1999; BOBBIO, Norberto: *Igualdad y Libertad*, Editorial Paidós, Barcelona, 1993; AÑÓN ROIG, María José: *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001; BAUMAN, Zygmunt: *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., Buenos Aires, 2006; ABRAMOVICH, Víctor; AÑÓN, María José; COURTIS, Christian: *Derechos Sociales: Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003; CELS. LITIGIO ESTRATEGICO Y DERECHOS HUMANOS: *La lucha por el derecho*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2008; CONTRERAS PELAEZ, F: *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994; HELLER, Hermann: *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992; FERRAJOLI, Luigi: *El Garantismo y la filosofía del Derecho*, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, N° 15; GARGARELLA, Roberto: *La Justicia frente al Gobierno*, Ariel, Barcelona 1996, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005; GARGARELLA, Roberto y OVEJERO, Félix (Comp): *Razones para el Socialismo*, Paidós Estado y Sociedad, Barcelona, 2001; GRIMM, Dieter: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006; GIL DOMINGUEZ, Andrés: *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005; DEL LLANO, Cristina: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona, 2005; ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (Comp), *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2007.

tencia material de derecho público. La puesta en funcionamiento de estos nuevos tribunales permitió el desarrollo de una jurisprudencia de efectivo control de las políticas sociales de los estados y la garantía de los derechos sociales en dicho ámbito judicial que pudo desarrollarse a partir de la aplicación de normas internacionales de protección de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Este tratado internacional protector de los derechos sociales no contiene ningún equivalente directo del apartado b) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que obliga a los Estados Partes, entre otras cosas, a desarrollar “las posibilidades de recurso judicial”. No obstante, según interpretó el Comité de DESC esta cuestión en su Observación General N° 9⁹⁶⁸; “los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son “medios apropiados” según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales.”

Al distinguir en los niveles de protección cautelar según el derecho que se halle en juego, no hace otra cosa que priorizar la protección de las personas más desaventajadas en el goce de sus derechos fundamentales, cumpliendo con la directriz dispuesta por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que establece que respecto de estos derechos “*Los Estados Partes deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial*” y agregando que “*Las*

⁹⁶⁸ FAIRSTEIN, Carolina y ROSSI, J., “Comentario a la Observación General N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Revista Argentina de Derechos Humanos, p.327-349, Ed. Ad Hoc, N° 0, 2001.

políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás.”(OG N° 3, párrafo 11).

La Observación general N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también dispone que; “5. Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos. De hecho, los Estados Partes que son asimismo Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos están ya obligados (en virtud de los artículos 2 (párrs. 1 y 3), 3 y 26 de este Pacto) a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades (inclusive el derecho a la igualdad y a la no discriminación) reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados, “podrá interponer un recurso efectivo” (apartado a) del párrafo 3 del artículo 2). Además, existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias otras disposiciones, entre ellas las de los artículos 3, 7 (inciso i) del apartado a)), 8, 10 (párr. 3), 13 (apartado a) del párrafo 2 y párrafos 3 y 4) y 15 (párr. 3), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables.”

Por su parte la Observación General N°9 del mismo Comité establece que “El segundo principio está reflejado en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene ningún equivalente directo del apartado b) del párrafo 3 del artículo 2

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que obliga a los Estados Partes, entre otras cosas, a desarrollar “las posibilidades de recurso judicial”. No obstante, los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son “medios apropiados” según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales.”

El Comité también indicó en su Observación General N° 9 lo siguiente: “En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación general N° 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posea en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justi-

ciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.”

En este marco normativo, la ley en análisis se muestra como una herramienta eficaz en el ámbito interno para garantizar la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales a través de la intervención oportuna del Poder Judicial. En el ámbito internacional, recientemente –5 de mayo de 2013– ha entrado en vigencia el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que permite el tratamiento por parte del Comité de las peticiones individuales realizadas por víctimas que hayan sufrido la violación de los derechos garantizados por dicho tratado, como producto de una medida regresiva en materia de derechos sociales, de parte de un Estado firmante de dicho protocolo.

V. La ley de cautelares frente a los principios de progresividad y la prohibición de regresividad.

Una respuesta a una crítica doctrinaria

En esta parte final del capítulo exploraré la posibilidad de aplicar el principio de progresividad y de prohibición de la regresividad –que rige la interpretación en materia de derechos económicos sociales y cultu-

rales– como un criterio para el escrutinio de constitucionalidad y convencionalidad de la ley de medidas cautelares en estudio.

Esta indagación está motivada en la lectura de sendos trabajos de autoría del profesor Martín Espinoza Molla –con quien comparto el interés por la discusión sincera de estas temáticas, además de los pasillos de nuestra Facultad de Derecho– en los que analiza, tanto la ley de responsabilidad estatal (26.944)⁹⁶⁹ como la ley de medidas cautelares contra el Estado Nacional (26.854)⁹⁷⁰, concluyendo que ambas violentan la constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos al establecer criterios normativos regresivos en los ámbitos que legislan.

Las posturas que desarrollaré al respecto no pretenden alcanzar ninguna verdad absoluta, sino que son una invitación a un debate necesario en esta época de reformas legislativas, de reconocimiento y de reglamentación de innumerables derechos fundamentales, fruto de históricas luchas sociales que hoy se ven plasmadas en una nueva construcción jurídica e institucional. Como explica Chantal Mouffe, la sociedad está marcada por la contingencia y todo orden es de naturaleza hegemónica; es decir, es siempre la expresión de relaciones de poder. En el campo de la política, así como en el campo jurídico, esto significa que la búsqueda de un consenso sin exclusión y la ilusión de una sociedad armoniosa y perfectamente reconciliada deben ser abandonadas⁹⁷¹.

Así, no debe sorprendernos que toda transformación social inclusiva genere resistencias por parte de aquellos sectores que pueden ver afectados sus intereses consolidados por el régimen modificado.

⁹⁶⁹ Espinoza Molla, Martín; “Comentarios a la nueva ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos”, Sup. Adm. 2014 (Agosto), 3- La Ley 2014-E.

⁹⁷⁰ Espinoza Molla, Martín; “Nueva ley 26.854 reguladora de las medidas cautelares en procesos judiciales en los que sean parte el Estado Nacional o sus entes descentralizados. ¿Tutela procesal diferenciada o regresividad frente a los Tratados de Derechos Humanos?, DPI Diario; Diario Administrativo, Año 2, N° 28 del martes 29 de julio de 2014.

⁹⁷¹ Mouffe, Chantal, Agonística. Pensar el mundo políticamente, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014.

1. Concepciones hegemónicas y contra-hegemónicas de los derechos humanos

La incorporación –a través de la reforma constitucional del año 1994– de los principales tratados internacionales de Derechos Humanos revolucionó el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico nacional impactando tanto en el derecho público como privado. Las valoraciones sobre las consecuencias y alcances de esta internacionalización de nuestro ordenamiento jurídico –a priori favorable a la inclusión y protección de las personas más vulnerables de la comunidad– no debe olvidar que el derecho, en su carácter instrumental, tiene por objeto esencial imponer en la sociedad un régimen determinado de ordenación y constituye en sí mismo un conjunto de reglas que fuerzan a un orden dado de la sociedad y sus miembros.

Seguindo a Antonio Gramsci, tal visión instrumental del derecho supone la liberación de todo residuo de trascendencia y de absoluto, eliminando todo vestigio de fanatismo moralista⁹⁷².

El conjunto de reglas jurídicas obligatorias, integra un sistema abierto que se relaciona con el sistema institucional, político y social, y lo que el derecho aporta a la sociedad constituye sólo el medio para que se alcance un determinado orden social. Ahora bien, la viabilidad de cualquier interpretación normativa, no dependerá sólo del texto de la convención, constitución o las leyes en cuestión, sino del éxito que logre el discurso que propone un modelo de Estado Social y Democrático, en la lucha en el terreno ideológico por el predominio en la construcción de la significación del derecho⁹⁷³.

Así, como explica Boaventura de Sousa Santos, dentro del campo jurídico existe una concepción hegemónica de los Derechos Humanos destinada a reproducir el orden social capitalista, colonialista y sexista

⁹⁷² Gramsci, Antonio: “Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado Moderno”, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2003, p.105.

⁹⁷³ Althusser, Luis: “Ideología y aparatos ideológicos del Estado”, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1988, pág. 28.

que domina nuestro tiempo. Ello porque la matriz liberal concibe los derechos humanos como derechos individuales, y privilegia los derechos civiles y políticos. Frente a esta postura se alza una visión contra hegemónica de tales derechos, orientada a la construcción de una sociedad más justa y más digna⁹⁷⁴.

Un ejemplo de esta postura lo constituyen las concepciones de los derechos humanos inspiradas por las ideas marxistas y, de modo más general, socialistas, que reconocen derechos colectivos y privilegian los derechos económicos sociales y culturales.

En el fondo, la pregunta que se esconde en esta cuestión de interpretación legal es si los derechos humanos son eficaces en ayudar a las luchas de los excluidos, los explotados y los discriminados o si, contrariamente, los hacen más difíciles. Bartolomé Clavero nos recuerda que el camino hacia las políticas más inhumanas está empedrado de las intenciones más humanas, confundiendo humanidad e inhumanidad. Dice: “la historia idealista de los derechos humanos es uno de los mecanismos que sirven más eficazmente, como mínimo, para enervar y, como máximo, para neutralizar su defensa y promoción. El camino de la inhumanidad también lo asfalta la academia.”⁹⁷⁵

2. La postura doctrinaria en estudio

El profesor platense Martín Renato Espinoza Molla sostiene en su análisis que la nueva ley de responsabilidad del Estado (26.944) implica un

⁹⁷⁴ Boaventura de Sousa Santos, Si Dios fuese un activista de los derechos humanos, Editorial Trotta, Madrid, 2014. Al respecto dice: “Esto explica por qué los grupos sociales oprimidos no pueden por menos de plantearse la siguiente pregunta: Incluso si los derechos humanos forman parte de la propia hegemonía que consolida y legitima la opresión, ¿pueden utilizarse para subvertirla? Dicho de otra manera: ¿podrían los derechos humanos utilizarse de un modo contra hegemónico? Y, en tal caso, ¿cómo? Estas dos preguntas conducen a otras dos. ¿Por qué hay tanto sufrimiento humano injusto que no se considera una violación de los derechos humanos? ¿Qué otros discursos de la dignidad humana existen en el mundo y en qué medida son compatibles con los discursos de los derechos humanos?”

⁹⁷⁵ Clavero, Bartolomé, Derecho Global. Por una historia verosímil de los derechos humanos. Editorial Trotta, Madrid, 2014.

retroceso en el sistema de responsabilidad patrimonial, integrado –hasta el momento de sanción de la norma– por una sólida jurisprudencia de aplicación analógica de las disposiciones del Código Civil, y que ello implica la transgresión del principio de prohibición de regresividad en materia de Derechos Humanos.⁹⁷⁶

Reproduzco aquí la conclusión a la que arriba el autor del trabajo en estudio, para quien las falencias que presenta la nueva ley, en comparación con el sistema jurídico precedente, resulta restrictiva de la responsabilidad del Estado. Concluye diciendo que: “En consecuencia, se observa que el nuevo régimen legal se exhibe regresivo, pues implica un retroceso respecto del régimen aplicable anterior, en cuanto quiebra inadmisiblemente el equilibrio que se había obtenido; equilibrio necesario en pos de la eficacia de todo Estado de Derecho a través de un adecuado sistema de responsabilidad estatal” y finalmente vaticina: “la nueva ley no resistirá un control de constitucionalidad, y de manera especial, difícilmente vencerá el escrutinio de convencionalidad.” Por otro lado, en su trabajo sobre la nueva ley de cautelares en los procesos en que es parte el Estado Nacional (26.854) sostiene –con similar argumento– la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la nueva norma, concluyendo que la “desproporción contenida en la ley 26.854 conspira directamente contra la vigencia de la protección cautelar, aspecto esencial de la tutela judicial efectiva, circunstancia que permite concluir, como natural consecuencia, que el nuevo régimen normativo se halla en contradicción con los tratados internacionales de derechos humanos, así como también en crisis respecto de principios fundamen-

⁹⁷⁶ “Todo lo cual nos permite afirmar que la nueva ley de responsabilidad del Estado que pronto entrará en vigencia, implica un verdadero retroceso en la evolución del sistema de responsabilidad patrimonial cristalizada por la jurisprudencia –con aplicación analógica del Código Civil–, y de manera específica, el nuevo dispositivo se manifiesta trasgresor de la prohibición de regresividad en materia de Derechos Humanos. A tal conclusión se arriba de manera natural, con sólo efectuar una comparación de la nueva legislación con el sistema jurídico de responsabilidad todavía imperante hasta tanto se produzca la inminente promulgación y efectiva vigencia de la norma.”

tales rectores de tal sistema, tales como los de progresividad y de prohibición de regresividad”⁹⁷⁷.

No pretendo en este trabajo desarrollar las opiniones del autor referidas a la técnica legislativa, ni al nivel de recepción de los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ni respecto del diseño normativo, sino detenerme en la premisa de la que parte –aplicación a la materia del principio que prohíbe la regresividad.⁹⁷⁸

En otras palabras, el abordaje prescindirá de un estudio pormenorizado de las leyes en cuestión, concentrando y profundizando las argumentaciones respecto de la aplicación del principio de progresividad a una norma que regula determinados derechos fundamentales reconocidos y protegidos constitucionalmente y, en especial, por tratados internacionales de Derechos Humanos.

Volviendo al argumento de la doctrina en estudio, que sostiene que la norma de responsabilidad del Estado violenta el sistema constitucional nacional y el internacional de protección de derechos humanos, cobra centralidad la determinación de cuáles son esos derechos afectados por la nueva ley. Es decir, ¿qué derechos constitucionales o convencionales se ven afectados por esta norma que modifica los estándares jurisprudenciales en la materia?

El autor no lo dice, posiblemente por resultar obvio. No obstante, considero –a la luz de los argumentos que continuaré desarrollando– que deviene imprescindible determinar qué derechos podrían verse disminuidos por las leyes 26854 y 26.944.

De nuestro sistema económico institucional surge en forma directa e inmediata que el derecho constitucional protegido por la responsabilidad del Estado no es otro que el de propiedad (Arts. 14 y 17 CN y

⁹⁷⁷ Espinoza Molla, Martín, ob. cit.

⁹⁷⁸ “Pues bien, el breve análisis que nos proponemos, se enmarcará en el estudio de la nueva regulación normativa a efectos de precisar si la misma goza de una adecuada técnica legislativa, verificar el nivel de recepción de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional, y, en tal sentido, analizar el diseño normativo para determinar si se presenta equilibrado; y, finalmente, su grado de adecuación al principio que prohíbe la regresividad en materia de Derechos Humanos.”

21 de la CADH), que además funciona como uno de los fundamentos sobre los que se estructura la responsabilidad pública⁹⁷⁹. También de un modo más indirecto la responsabilidad pública se encuentra vinculada con las garantías judiciales (Art. 18 CN y 14 del PIDCyP). Como se puede observar la ley de responsabilidad del Estado debe tener por objetivo la protección y garantía de dos derechos civiles (propiedad y garantías judiciales).

La vinculación con derechos sociales –que puede existir– no reviste trascendencia en el presente análisis, pues, de tratarse de una reparación por la violación de un derecho económico, social o cultural, la instancia indemnizatoria transforma tal situación en el ejercicio de un derecho de propiedad. Tampoco existe una forma de objetivizar los casos en los que la indemnización que una persona pueda percibir como reconocimiento de la responsabilidad pública, afecte –favorablemente– a la plena efectivización de un derecho social.

En el caso de la ley de medidas cautelares contra el Estado Nacional, sucede algo similar, ya que, si bien Espinosa Molla sostiene su inconstitucionalidad e inconvencionalidad, no identifica cuales son los derechos fundamentales que la norma procesal en cuestión afecta. En principio, supongo que la respuesta inmediata sería que violenta las garantías judiciales protegidas por nuestro ordenamiento jurídico (Art. 18 CN, 25 CADH y 14 del PIDCyP).

Por lo tanto, en ambas situaciones se trataría de derechos civiles.

3. ¿El principio de progresividad se aplica a los derechos civiles?

Destacó Espinoza Molla que Courtis ha explicado que: “la noción de regresividad puede aplicarse a las normas jurídicas, es decir, se refiere a la extensión de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa). En este sentido –no empírico sino normativo–, para

⁹⁷⁹ CSJN, Fallos, 195:66. Ver Balbín, Carlos F, Tratado de Derecho Administrativo, La Ley, Tomo IV, p.211, Buenos Aires, 2011.

determinar que una norma es regresiva es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior”, aclarando que para este autor, “si bien tales principios son empleados en materia de derechos sociales, su aplicabilidad no tiene por qué limitarse a ese campo”⁹⁸⁰.

En estas afirmaciones de Courtis podemos distinguir dos cuestiones; la primera es si existe una prohibición de la “regresividad normativa”, en términos generales y abstractos, sin considerar las categorías de derechos en juego; la segunda es si los principios de progresividad y prohibición de regresividad pueden ser empleados en derechos civiles y políticos.

3.1. La prohibición de la regresividad normativa

Corresponde recordar que es un principio jurisprudencial pacífico en nuestro país el que establece por regla que no es pertinente alegar una infracción constitucional frente a la reforma de preceptos generales, ni la existencia de un derecho adquirido al mantenimiento de ese tipo de normas (legales o reglamentarias) o a su simple inalterabilidad. Es decir, la modificación de leyes por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, ya que nadie tiene un derecho adquirido a su mantenimiento ni a su inalterabilidad (C.S.J.N., Fallos: 268:228; 272:229; 291:359; 300:61; 308:199; 310:2845; 311:1213; 325:2875, entre otros).

También la Corte Suprema ha dispuesto que si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido,

⁹⁸⁰ Christian Courtis, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006. El autor inicia el primer capítulo del libro distinguiendo entre la regresividad de resultados y la regresividad normativa. Por una cuestión de espacio de la presente ponencia sólo analizare la segunda prohibición.

porque la situación jurídica general creada por esa ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto, que no puede ser suprimida sin agravio del derecho de propiedad consagrado por la Constitución Nacional aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo, pues éstos sólo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coactiva necesaria para que se haga efectivo (conf. doctrina de Fallos: 178:431; 238:496; 298:472; 307:305; 317:1462, entre otros).

Así, la mera modificación de una ley (en ambos casos de una construcción jurisprudencial) cuando no afecte un derecho adquirido no generará la violación de la constitución ni habilitará a la declaración de inconvencionalidad.

Como explican Courtis y Abramovich –siempre haciendo referencia a los Derechos Sociales– la sanción de una reglamentación legal regresiva no constituye *per se* una razón de invalidez o inconstitucionalidad, sino que la regresividad integra un factor agravado del análisis de razonabilidad. Dicen “la prueba de que una norma es regresiva determina una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad, transfiriendo al Estado la carga de argumentar a favor de la racionalidad de la legislación propuesta”.

En síntesis, la regresividad normativa adquiere relevancia constitucional cuando afecta sustancialmente un derecho adquirido, pudiendo un juez declarar la invalidez de la norma por violar el principio constitucional de razonabilidad en la reglamentación de los derechos (art. 28 CN) debiendo –en ese caso– centrar la decisión en el derecho constitucional afectado. Es decir, la regresividad no puede analizarse en abstracto, requiere que la norma haya afectado en forma irrazonable un derecho constitucional protegido por el ordenamiento jurídico.

Este razonamiento nos conduce entonces al análisis del principio de progresividad y a la prohibición de regresividad respecto de los derechos a la propiedad y a las garantías judiciales, ambos clasificados entre los derechos civiles.

3.2. La aplicación de los principios de progresividad y prohibición de regresividad a los derechos Civiles

Como vimos, la distinción entre derechos civiles y derechos sociales es una histórica clasificación conceptual que de alguna manera justificó la subsistencia de un disímil tratamiento judicial para la efectivización de los distintos tipos de derechos, caracterizando a los primeros como derechos operativos y justiciables y a los segundos como programáticos y no revisables por el Poder Judicial.⁹⁸¹ Desde este punto de partida a lo largo de estos años se ha arribado a la posibilidad de efectivización judicial de los derechos sociales, maximizando las posibilidades que brindan los principio de progresividad y la prohibición de regresividad, que como caracterizaron Abramovich y Courtis, son herramientas interpretativas más flexibles que las destinadas a proteger los derechos civiles y políticos. De esta forma actualmente la doctrina y jurisprudencia han reinterpretado la naturaleza y concepto de derechos sociales equiparándolos al resto de derechos humanos.⁹⁸²

⁹⁸¹ Pisarello, Gerardo, Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Editorial Trotta, Barcelona, 2006.

⁹⁸² Ampliar en; ABRAMOVICH, V. y PAUTASSI, L (comp.) *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009. ABRAMOVICH, V y PAUTASSI, L. (2010) *Medición de Derechos en las Políticas Sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010. ABRAMOVICH, V; ANON, M. J.; COURTIS, C.: *Derechos Sociales: Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003.- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.; *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006.- ABRAMOVICH, V., BOVINO, A. y COURTIS, C. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2007. ACKERMAN, B. *La Justicia Social en el Estado Liberal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. ALBANESE, S.; *El alcance de los Derechos Económicos Sociales y Culturales en el plano de las Observaciones Generales. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el control de convencionalidad*. Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013. ALEX, R: *Teoría del discurso y los derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 1, Bogotá, 1995. ALSTON, P. y ROBINSON, M, *Human Rights and Development. Towards Mutual Reinforcement*, OXFORD University Press, New York, 2005. ANON ROIG, M. J.: *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001; *Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994. ARANGO, R.: *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*, Legis Editores SA, Universidad Nacional de Colombia,

Los derechos civiles y políticos son plenamente efectivos y su más mí-

Bogotá, 2005. BALDASARRE, A.: *Los Derechos Sociales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001. BARBEITO, A. C. y LO VUOLO, R. M., *La modernización excluyente. Transformación económica y Estado de Bienestar en Argentina*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1995. BARBERO, O. U., *Derecho a la Salud*, Universitas, Buenos Aires, 2007. BEJAR, R. C. y TORTOSA, J. M. *Pros y contras del Estado del Bienestar*, Tecnos, Madrid, 1996. BERCOVICH, L y MAURINO, G, *Los derechos sociales en la Gran Buenos Aires. Algunas aproximaciones desde la teoría, las instituciones y la acción*, Eudeba, Buenos Aires, 2013. BIDART CAMPOS, G y PIZZOLO C., *Derechos Humanos*, Corte Interamericana. Opiniones consultivas. Textos completos y comentarios, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, S/A. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2009; BONAVIDES, P. *Del Estado Liberal al Estado Social*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2014. BONILLA MALDONADO, D. *La función social de la propiedad*, Eudeba, Buenos Aires, 2013. BROWN, W y WILLIAMS, P, *La crítica de los derechos*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003. CARBONELL, M. *Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013. CASTEL, R, *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, Manantial, Buenos Aires, 2011. CHINCHILLA HERRERA, T. E. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?, Editorial Temis, Bogotá, 2009. CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), *La Lucha por el Derecho. Litigio estratégico y Derechos Humanos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2008; *El Estado frente a la protesta social*. 1996-2002, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2003. CONTRERAS PELAEZ, F. *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994. COSSIO DÍAZ, J. R. *Estado Social y Derechos de Prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. COURTIS, C. *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006. CLARK, D, FOX, J y TREAKLE, K, *Derecho a Exigir Respuestas. Reclamos de la sociedad civil ante el Panel de Inspección del Banco Mundial*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2005. DE BÚRCA, G y DE WITE, B. *Social Rights in Europe*, OXFORD University Press, New York, 2005. DEL LLANO, C.: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona, 2005. DUBET, F., *Repensar la Justicia Social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011. EPP, C. R, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013. ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A., *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2013. FAYT, C. S. *Evolución de los Derechos Sociales: Del reconocimiento a la exigibilidad. El legado del Siglo XX y los desafíos del Siglo XXI*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007. FISS, O. *El derecho como Razón Pública*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007. GARCÍA HERRERA, M.A. *El constitucionalismo en la crisis del Estado Social*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, S/A. GARRETA LECLERCQ, M., *Legitimidad política y neutralidad estatal. Sobre los fundamentos del liberalismo*, Eudeba, Buenos Aires, 2007. GIL DOMINGUEZ: *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005. GIMÉNEZ, T. V. *La exigibilidad de los Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. GRIMM, D.: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006. GROSMAN, L. *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Librería, Buenos Aires, 2008. GRUPO DE TRABAJO PROTOCOLO DE SAN SALVADOR (2011) *Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*. Organización de Estados

nima violación debe desatar como respuesta judicial la orden de cese de

Americanos (OEA) Washington, D.C. OEA/Ser.L/XXV.2.1, 16 de diciembre 2011, disponible en: http://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index-7_GT.asp. HABERMAS, J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Editorial Trotta, Madrid, 2005. HELLER, H.: *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992. HERRERA, C. M., *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. HOLMES, S y SUNSTEIN, C. R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*, IIDH, San José de Costa Rica, 2008; *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, IIDH, San José de Costa Rica, 2008. KAUFMAN, G. A., *Dignus Inter Pares. Un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010. KRAMER, L. D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011. LUHMANN, N. *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Alianza Universidad, Madrid, 2002. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL (Uruguay), *Documentos relevantes en los ámbitos internacional y nacional sobre derechos económicos, sociales y culturales*, Montevideo, 2012. MONTORO BALLESTEROS, A., *Conflicto Social, Derecho y Proceso*, Universidad de Murcia, Murcia, 1993. MORELLO, A. M. y MORELLO, G. C., *Los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud. Una lectura interdisciplinaria*, Librería Editora Platense, La Plata, 2002. MUÑOZ DE BUSTILLO, R. *Crisis y futuro del Estado de Bienestar*, Alianza Universidad, Madrid, 1993. NOZICK, R. *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988. OFFE, C. *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Alianza Universidad, Madrid, 1990. ORTIZ ORTIZ, E. *Costa Rica: Estado Social de Derecho*, San José de Costa Rica, 1977. PANSIERI, F. *Eficácia e vinculacao dos Direitos Sociais. Reflexões a partir do direito a moradia*, Editora Saraiva, Sao Paulo, 2012. PARRA VERA, O. *El derecho a la salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los instrumentos Internacionales*, Defensoría del Pueblo de Colombia, Serie DESC, Bogotá, 2003. PÉCES-BARBA, G. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, EUDEMA, Madrid, S/A; *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999. PICÓ, J. *Teorías sobre el Estado de Bienestar*, Siglo XX Editores, Madrid, 1987. PISARELLO, G. *Los Derechos Sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Edición Trotta, Barcelona, 2006; *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria Editorial S.A., Barcelona, 2003. PRONER, C. *Os direitos humanos e seus paradoxos: Análise do Sistema Americano de Protecao*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002. RAWLS, J. *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, México, 2011; *La justicia como equidad. Una reformulación*, Paidós, Buenos Aires, 2004. RINCÓN CÓRDOBA, J. I. *Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la Administración Pública*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2004. ROSANVALLON, P. *La sociedad de iguales*, Manantial, Buenos Aires, 2012. ROSILLO MARTÍNEZ, A. *Liberación y Justicia Social. Derechos Humanos desde la teología de la liberación*, Educación para las ciencias en Chiapas, San Cristóbal de Las Casas, 2012. SAGGESE, F. (2009) *El derecho a un nivel de vida adecuado*, Librería Editora Platense, La Plata, 2009. SARLO, O. y BLANCO, A. *El principio de igualdad en la teoría del derecho y la dogmática jurídica*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008.

la conducta abusiva. Este remedio procesal es el adecuado para proteger aquellos derechos en los que no se encuentra presente una situación de escasez, es decir, donde el Estado no puede alegar la falta de presupuesto o la carencia de recursos para efectivizar tal derecho.⁹⁸³

El propio Comité de Derechos Humanos, al interpretar la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, luego de afirmar que las obligaciones del Pacto son vinculantes para todos ellos, descartó expresamente la aplicación del principio de progresividad en materia de derechos civiles y políticos al sostener que “El requisito establecido en el párrafo 2 del artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto no está sometido a condiciones y es de efecto inmediato. La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificada alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado” (Observación General N° 31 –2004–).

A diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales en su mayoría se desarrollan en el paradigma de la escasez por tratarse de casos en los cuales los recursos existentes no bastan para proveer el beneficio social que se reclama y en los cuales su resolución requiere de una decisión en la que se aplique criterios de justicia distributiva.

Entiendo peligroso para nuestro Estado Social de Derecho pensar en la posibilidad de utilizar el principio de progresividad y la prohibición de regresividad como criterio de interpretación en casos en los

SWIQTOKOWSKI, A. M. *Carta de los Derechos Sociales Europeos*, EDUNTREF, Caseros, 2007. TREVES, R. *Sociología del Derecho y socialismo liberal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. UCIN, M. C., *La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal*, Librería Editora Platense, La Plata, 2011. UPRIMNY, R., RODRIGUEZ C. y GARCÍA M. ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2006. VAZÁN, V., *Derecho a la salud y justicia constitucional. Estándares jurisprudenciales de la Corte Suprema*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2013. ZERBINI RIBEIRO LEAO, R., *Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001.

⁹⁸³ Para un estudio de los paradigmas del control judicial, ver Grosman, Lucas, *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Librería, Buenos Aires, 2008.

que están en juego derechos civiles o políticos donde, como vimos, no existe un problema económico para efectivizarlos que justifique la postergación –aún temporal– de su efectivización.

Así no resultaría admisible que el Estado argumentara que progresivamente irá, por ejemplo, disminuyendo las torturas en los sistemas carcelarios, reconociendo el derecho a la libertad de circulación o de expresión o el derecho a manifestar por sus reivindicaciones o a reclamar judicialmente por su reconocimiento.

Si el Estado incurre en tales abusos en un solo caso individual automáticamente se produce una violación antijurídica de un derecho humano fundamental, independientemente del contexto social, económico o político al que hace referencia el principio de progresividad.

3.3. La reglamentación razonable de los derechos humanos y sus restricciones legítimas

Antes de arribar a las conclusiones en el presente documento, y habiendo sostenido ya mi postura sobre la inaplicabilidad del principio de progresividad y prohibición de regresividad a la hora de analizar la constitucionalidad de las leyes de responsabilidad del Estado y de cautelares, quisiera reflexionar brevemente sobre la forma en que debe evaluarse la legislación de un Estado que pudiera afectar derechos fundamentales como el de propiedad o las garantías judiciales.

En el ámbito interno esta cuestión ha sido suficientemente estudiada, aún antes de la reforma constitucional de 1994, al analizar la intervención estatal mediante diversas técnicas de limitación de los derechos privados por razones de interés público o bien común. Así el poder de policía es entendido como una potestad atribuida al Poder legislativo para reglamentar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que las normas imponen a los individuos.⁹⁸⁴

⁹⁸⁴ Hutchinson, Tomas, Tratado Jurisprudencial y doctrinario, Tomo I, Volumen 3, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2010.

En el ámbito internacional de los derechos humanos se parte de la base que los derechos humanos reconocidos por un ordenamiento jurídico son esencialmente relativos pudiendo ser reglamentados de una forma razonable, en algunos casos ser objeto de restricciones legítimas en su ejercicio y, en otros muy especiales, ser suspendidos extraordinariamente.⁹⁸⁵

Así se puede afirmar que los derechos humanos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico sólo pueden ser restringidos legítimamente por leyes que no menoscaben su esencia, sean compatibles con su naturaleza y tengan por objeto satisfacer razones de interés general y promover el bienestar de una sociedad democrática (art. 5 del PIDCyP; art. 4 del PIDESC; art. 30 de la CADH).

Postular la inconstitucionalidad de la ley en cuestión (26.854) por violentar los derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico exige, al menos, indicar los derechos afectados y explicar en qué forma estas normas menoscaban su esencia, son incompatibles con su naturaleza o no tienden a satisfacer el bien común en una sociedad democrática.

VI. Conclusiones

Como lo explica Roberto Berizonce, las tutelas procesales diferenciadas tienden a asegurar los valores, principios y derechos constitucionales, y requieren de “un nuevo modelo de justicia operante para la tutela de

⁹⁸⁵ Pinto, Mónica, ob. cit, al respecto dice: “Si la reglamentación razonable comporta la regulación legal del ejercicio de un derecho, sin desvirtuar su naturaleza y teniendo en mira su pleno goce y ejercicio en sociedad, las restricciones legítimas son los límites de tipo permanente que se imponen al ejercicio de algunos derechos en atención a la necesidad de preservar o lograr determinados fines que interesan a la sociedad toda. Finalmente, la suspensión apunta a la situación extraordinaria en la cual se encuentre en peligro la vida de la nación y ello haga necesario decidir la suspensión del ejercicio de determinados derechos por el tiempo y en la medida estrictamente limitadas a las exigencias de la situación.” P. 87.

los derechos sociales en general, y más genéricamente de aquellos que en las convenciones internacionales conforman los ampliados derechos económicos, sociales y culturales (DESC), categoría comprensiva de los derechos derivados del trabajo y la seguridad social, la educación, la salud, la alimentación, la cultura, el consumo y otras prerrogativas de la interpretación⁹⁸⁶. Así, en este marco de verdaderos “procesos de solidaridad” para la efectividad de los derechos sociales fundamentales⁹⁸⁷ consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, la ley 26.854 articula normativamente un proceso cautelar indispensable para asegurar su efectiva operatividad.

Nuestro sistema judicial, y en especial la justicia administrativa, desde su origen se estructuró procesalmente como una construcción legal discriminatoria que dificultó e imposibilitó aún hasta hoy, el acceso a la tutela judicial efectiva por cuestiones económicas, sociales y culturales, debiendo entonces el Estado adoptar medidas concretas para revertir esta antigua tradición de desprotección de los más necesitados. Puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “si se carece de una base legislativa sólida para las medidas necesarias” (Comité Desc; Observación general N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes –párrafo 1 del artículo 2 del Pacto–).

Esta norma es una sólida base legislativa que propone e inicia un cambio radical en la forma en que la ley debe regular los juicios en los que el Estado es parte, diferenciando la forma en que las prerrogativas procesales se aplican a los ciudadanos, según el derecho que pretenda protegerse y las condiciones económicas sociales de los actores. La ley de medidas cautelares contra el Estado nacional propone una nueva estructuración en el ámbito procesal de la conformación del llamado régimen exorbitante del derecho privado. Como dije, y aquí resalto,

⁹⁸⁶ Berizonce, Roberto Omar, “*Tutelas procesales diferenciadas*”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 10 y sgtes.

⁹⁸⁷ Ampliar esta conceptualización en Arango, Rodolfo, “*El concepto de derechos sociales fundamentales*”, Legis Editores S.A., Bogotá, 2005.

ninguna de las normas procesales de revisión de la actividad administrativa vigentes en todo el país efectúa una atenuación o flexibilización de los requisitos de admisibilidad de la acción o de medidas cautelares o de los efectos de la sentencia, respecto de los grupos sociales desaventajados económicamente o de aquellos que pretendan hacer valer derechos fundamentales vinculados a su situación social. Es decir, las leyes procesales administrativas hoy en vigencia y aplicación en todos los ámbitos de nuestro país no efectúan tutela procesal diferenciada alguna.

En contraste con lo hasta ahora legislado en la materia, la nueva ley procesal regulatoria del régimen de medidas cautelares contra el Estado, en el ámbito federal, efectúa una división esencial que provoca un tratamiento diferenciado del proceso judicial según se trate de un derecho fundamental o de un interés patrimonial o meramente económico, en cumplimiento de las obligaciones asumidas a nivel internacional por el Estado Nacional en materia de Derechos Humanos.

Por ello considero imperioso, en esta etapa histórica gestacional de un nuevo paradigma en la distribución social de derechos, construir teóricamente un sistemas de ideas en el que la unidad de la actividad del Estado –bajo un nuevo régimen común de derecho público– sea una herramienta eficaz para garantizar la efectividad de los derechos sociales reconocidos por las constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos, requiriéndose para ello una intervención planificada del Estado en el sistema económico y social de nuestra nación. Ahora bien, la viabilidad de la interpretación propuesta, no dependerá sólo del texto de la constitución o las leyes, ni tampoco de las políticas sociales de un gobierno progresista, sino del éxito que logre el discurso que propone un modelo de Estado Social y Democrático, en la lucha en el terreno ideológico por el predominio en la construcción de la significación del derecho.

Es así que es imprescindible lograr mediante una efectivización de los llamados derechos sociales una estructura económica que garantice una disminución de las desigualdades económico-sociales y la inclusión de sectores de la población excluidos y marginados. Para ello, la función

del Estado, la construcción de políticas públicas adecuadas, la transformación de los servicios públicos y la edificación de una ciudadanía social y participativa son problemas que deben ser abordados desde el derecho administrativo con una visión políticamente igualitaria. Además, el sistema institucional requiere el acompañamiento de un poder judicial que concrete la revisión de políticas públicas sociales de forma tal de garantizar estos derechos fundamentales a la ciudadanía más desaventajada.

Para pensar en un abordaje del derecho público desde una postura crítica a la visión liberal conservadora de nuestra tradición jurídica e institucional es necesario revisar las teorías doctrinarias sobre la que se construyó el derecho procesal administrativo. Dice Luigi Ferrajoli que: “Todo esto requiere voluntad y capacidad de proyección reformadora y de innovación teórica e institucional. La innovación es necesaria sobre todo en el campo del derecho administrativo donde la ciencia jurídica legada carece todavía de una teoría de los derechos sociales y de las correlativas obligaciones públicas capaces de dar forma y garantía de efectividad a las expectativas correspondientes a las funciones positivas del Welfare State”⁹⁸⁸.

Es por ello auspicioso este comienzo de transformación de la justicia –en especial la administrativa– y es de esperar que, tanto a nivel federal como provincial, se trabaje en la confección de nuevos carriles formales que permitan una atenuación de las prerrogativas procesales del Estado en protección de los más débiles. Para ello deberá continuarse con el camino de las tutelas procesales diferenciadas que hoy comienza a transitarse con la sanción de la ley 26.854.

Corresponde también destacar que la ley recientemente sancionada se encuentra en línea con la constante práctica de utilización del derecho como herramienta ideológica y cultural de transformación de la realidad social en la que se enmarcaron los importantes cambios promovidos y concretados por el Estado Nacional que –de diversas formas– ha generado mayor inclusión social y menor discriminación,

⁹⁸⁸ Ferrajoli, Luigi, “El garantismo y la filosofía del derecho” Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 15, Bogotá 2001.

todo ello en respeto de los derechos humanos fundamentales que sostienen los cimientos de nuestra sociedad democrática y participativa.

Concluyo reafirmando que esta ley es una norma procesal de avanzada que recepta la moderna doctrina y jurisprudencia de la materia, en total cumplimiento de la Constitución Nacional y la normativa internacional de Derechos Humanos. En particular, como manifestara antes, esta ley reconoce expresamente la justiciabilidad de los derechos sociales y protege en forma diferenciada a sectores socialmente vulnerables en su derecho a una vida digna, y en especial garantiza los derechos económicos sociales y culturales de los sectores populares de la sociedad (salud, derechos alimentarios, ambientales, laborales, etc.), como hasta ahora ninguna norma procesal lo había hecho, cumpliendo con el principio internacional en materia de derechos económicos sociales y culturales que dispone que los Estados deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, concediéndoles una atención especial y diferenciada.

Las tutelas procesales diferenciadas tienden a asegurar los valores, principios y derechos constitucionales, y requieren de “un nuevo modelo de justicia operante para la tutela de los derechos sociales en general, y más genéricamente de aquellos que en las convenciones internacionales conforman los ampliados derechos económicos, sociales y culturales (DESC), categoría comprensiva de los derechos derivados del trabajo y la seguridad social, la educación, la salud, la alimentación, la cultura, el consumo y otras prerrogativas de la interpretación”⁹⁸⁹. Así, en este marco de verdaderos “procesos de solidaridad” para la efectividad de los derechos sociales fundamentales⁹⁹⁰ consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, la ley 26.854 articula normativamente un proceso cautelar indispensable para asegurar su efectiva operatividad.

⁹⁸⁹ BERIZONCE, R. O, (2009) *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 10 y sgtes.

⁹⁹⁰ Ampliar esta conceptualización en ARANGO, R, (2005) *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis Editores S.A., Bogotá, 2005.

El peligro de un nuevo control de constitucionalidad vertical y concentrado⁹⁹¹

I. Presentación

En este capítulo pretendo analizar una reciente doctrina del superior tribunal federal sobre la utilización de dos conceptos que permiten advertir una transformación del rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que implica su fortalecimiento institucional, consistente en arrogarse la facultad de controlar la constitucionalidad de las normas y decisiones de los sistemas internacionales de derechos humanos, a partir de la utilización discrecional de los principios de derecho público de nuestra constitución (“*Fontev ecchia II*”) y de una particular versión vernácula de la doctrina foránea del *margen de apreciación nacional* (“*Escalante*”), replicada en su relación con las provincias en el *margen*

⁹⁹¹ Este documento fue producido en el marco del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo Crítico de la Universidad Nacional Madres de Plaza de Mayo (GIDAC-UNMa). Estas ideas se encuentran publicadas en el artículo: “Una Corte Suprema al margen de la voluntad del pueblo. La apropiación judicial del margen de apreciación nacional en violación del principio constitucional de soberanía popular”, Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado, N° 10, diciembre de 2023.

de apreciación local (“Asociación Civil Asamblea Permanente de los Derechos Humanos de Mendoza”).

Nuestra Corte, a través de las doctrinas que fue construyendo sutilmente en algunos de sus precedentes, intenta crear una nueva herramienta para el control político de los poderes constituidos que están integrados por los representantes del Pueblo. Es una nueva versión del sistema constitucional de frenos y contrapesos, aumentando el poder de los integrantes de la Corte Suprema mediante un escrutinio posmoderno, por un lado, de las decisiones internacionales que protegen los derechos humanos y, por el otro, de los derechos y políticas de las provincias integrantes de la nación.

En la instancia temporal en que esto es escrito, el nuevo formato del control de constitucionalidad propuesto, principalmente por el Juez Rosatti, se halla en una instancia germinal, por lo que, no se encuentra generalizado ni desarrollado jurisprudencialmente, siendo prácticamente inexistente su abordaje por parte de la doctrina especializada. De continuar su derrotero –a partir de las coordinadas que aquí expondré– su impacto en el modelo de fuentes constitucionales producirá efectos en la aplicación de las normas de derechos humanos, que hoy son parte central de nuestro ordenamiento jurídico, seguramente alcanzando al principio de igualdad estructural que, desde la última reforma constitucional argentina, se encuentra jurídicamente positivizado.

Emulando al Juez Marshall, el Ministro Rosatti –con el progresivo acompañamiento del resto de los jueces del tribunal– intenta construir un hito jurisprudencial, al igual que la Corte Norteamericana lo hiciera en el año 1803 al establecer el control de constitucionalidad dictando sentencia en el caso “*Marbury vs. Madison*”. En mi opinión –que bien puede estar errada–, la Corte, a partir de los fallos que aquí comentaré, se encuentra articulando un nuevo control de constitucionalidad –formalmente jurídico y técnico– otorgando una supremacía política al Poder Judicial por sobre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Constituyente que reformó nuestra carta magna en 1994.

Entonces, nuestros *supremos magistrados federales*, a través de sus decisiones judiciales abren un paraguas para evitar mojarse con las decisiones que caen del cielo internacional de los derechos humanos y toman con fuerzas las riendas del federalismo para domar a los gobiernos –y en especial caudillos– de las provincias. Eso sí, tal galimatías solo puede funcionar al margen de la voluntad del pueblo y en violación del principio constitucional de soberanía popular y las justas exigencias democráticas de nuestras instituciones.

II. Algunas cuestiones generales y contextuales previas

Antes de ingresar de lleno al meollo de la cuestión en análisis, quisiera simplemente referirme nuevamente a algunas problemáticas actuales de nuestra organización institucional, política y jurídica en cuanto a la ubicación, funciones y relaciones de nuestro poder judicial según nuestro ordenamiento legal vigente, a partir de algunas preguntas cuyas respuestas simplemente se intentarán esbozar para tener en mente estos problemas al analizar los siguientes puntos.

¿Qué legitimidad democrática tienen los jueces en nuestro sistema constitucional?

Como se adelantó en capítulos anteriores, los jueces, en nuestro país, no son elegidos democráticamente, no los elige el pueblo soberano, sino que su nombramiento se produce mediante un procedimiento en el que intervienen el poder político (legislativo y ejecutivo) y, luego de la creación de los consejos de la magistratura, algunos grupos de interés (académicos, abogados, magistrados).

El carácter contra mayoritario del Poder Judicial o el déficit de legitimación de los jueces es un problema tratado y debatido por la doctrina de extranjera y propia. Roberto Gargarella dice que “En la mayoría de las democracias modernas aceptamos como un irremovible dato de la realidad que los jueces revisen lo actuado por el Poder Legislativo o Poder Ejecutivo y que, en caso de encontrar sus decisiones constitucio-

nalmente cuestionables, las invaliden. Sin embargo, la decisión de dejar dicho extraordinario poder en manos de los jueces no resulta obvia o naturalmente aceptable. Menos aún en un sistema republicano democrático, en el que queremos que las decisiones que se tomen reflejen, del modo más adecuado posible, la voluntad mayoritaria.”⁹⁹²

El poder judicial, siguiendo el modelo constitucional norteamericano, realiza un control difuso sobre la actividad legislativa, mediante la declaración, por parte de cualquier juez, de inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el parlamento⁹⁹³. Además, la justicia contencioso-administrativa, existente a nivel federal como provincial, realiza un control de legalidad sobre la discrecionalidad de las decisiones tomadas por los poderes ejecutivos nacionales, provinciales y municipales.⁹⁹⁴

¿Cuál es el rol de los jueces en nuestro actual sistema jurídico?
¿Aplican, interpretan o crean el derecho?

Repasaremos aquí algunas cuestiones ya tratadas en los primeros capítulos de este libro. El Judicial es un poder complejo –integrado por varios órganos–, porque algunos Tribunales son colegiados, y jerárquico, pues la Constitución califica de “suprema” a la Corte. La función jurisdiccional es una tarea propia del Estado, ejercida por el Poder Judicial, independientemente de los restantes órganos de poder, en especial del presidente de la Nación, e indelegable en los particulares. La creación de tribunales inferiores a la Corte suprema de carácter perma-

⁹⁹² Gargarella, Roberto; “Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras”, Claves para todos, editorial Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004.

⁹⁹³ Ferreira, Raúl Gustavo (2003). Notas...Ob. Cit.,

⁹⁹⁴ También se objetó en el marco del debate sobre los alcances del control judicial de la administración que los jueces deben respetar el papel constitucional que al poder ejecutivo le reserva el sistema político. Al describir este argumento, el catedrático español García de Enterría explica que: “Ese respeto es tanto más exigible en cuanto que, en el Estado democrático y social de Derecho en que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular, han sido colocados en sus puestos por el voto y con la confianza del pueblo para que gestionen sus intereses, lo que hacen en su nombre” (García de Enterría: “Democracia, jueces y control de la administración”, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pág. 34.).

nente constituye una obligación estatal en cabeza del Poder Legislativo para asegurar la garantía del juez natural.

El sistema jurídico argentino es tributario de la tradición del derecho continental codificado, donde el juez es percibido como la boca que pronuncia las palabras de la ley y debe, en consecuencia, resolver conflictos de interés aplicando y, sobre todo, interpretando las normas vigentes con particular deferencia a los motivos y voluntad del legislador. Esta tradición es particularmente fuerte en las llamadas materias de derecho común y codificado. Se considera al juez como un administrador, quien dispensa, entre las partes en controversia, la justicia ya contenida en las normas dictadas por el legislador en quién reside la soberanía popular.

Además, y aunque resulte contradictorio, nuestro ordenamiento tiene influencias constitucionales en el derecho norteamericano que se manifiesta en el diseño del poder que emerge de la Constitución Nacional –escrita, rígida y suprema– y en el cual el Judicial es designado y estructurado como uno de los poderes del Estado. El juez recrea el derecho por vía interpretativa, y se nutre de los precedentes. Además, y sobre todo cuando se trata de los magistrados de la Corte Suprema, expresa la última voz en materia de interpretación de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad. Sin duda, en este caso, el papel del juez es político en un doble sentido. En principio, porque al resolver conflictos de interés va desarrollando el derecho y a través de él, desplegando las relaciones sociales. En segundo término, porque al controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, revisa a sus redactores en lo que éstos expresan como decisión política general.⁹⁹⁵

Explica nuestro sistema constitucional el profesor Raúl Gustavo Ferreyra, afirmando que: “Hace más de 100 años, la propia Corte se encargaba de enfatizar el indiscutible poder político que en nuestro sistema constitucional se acuerda a los tribunales de justicia, para juzgar

⁹⁹⁵ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018.

la validez de los actos legislativos... Toda resolución judicial es un acto político y mucho más lo son las sentencias que llevando a cabo una interpretación correctiva del texto constitucional, declaran la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de leyes o disposiciones normativas infra constitucionales⁹⁹⁶

¿Cómo impactó en la tarea judicial el nuevo sistema de fuentes establecido en la reformada Constitución en 1994?

La reforma de nuestra Carta Magna en 1994 produjo una modificación en el sistema de fuentes al incorporar normas internacionales a nuestro bloque de constitucionalidad e integrar –en forma indirecta y secundaria– las producciones normativas de organismos que integran los sistemas internacionales de protección de derechos humanos y de integración regional. Esta nueva organización del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico que incorpora nuevos nodos de producción normativa alejados del tradicional sistema de representación democrático y, en muchos casos, en sedes que se encuentran fuera del alcance de nuestra soberanía territorial, relativiza el fundamento decimonónico de justificación de la obligatoriedad de la ley y de su centralidad en el ordenamiento jurídico. Al tradicional *control de constitucionalidad* le sumó el *control de convencionalidad* –derivado de la aplicación de los tratados internacionales–, no sólo para la actuación legislativa del Estado, sino también –como lo desarrolló el Profesor Gutiérrez Colantuono en su tesis doctoral– para la actuación administrativa del Poder Ejecutivo⁹⁹⁷.

Juan Bautista Justo explica este fenómeno con las siguientes palabras: “La globalización del derecho, que encuentra en la protección de los derechos fundamentales una de sus puntas de lanza más potentes, se ha traducido en la decadencia de la ley como instru-

⁹⁹⁶ Ferreyra, Gustavo Raúl, Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías, EDIAR, Buenos Aires, 2003, pág.233 y sgtes.

⁹⁹⁷ Gutiérrez Colantuono, Pablo, Control de Convencionalidad en la Administración pública. Aplicación de los tratados internacionales a la actuación administrativa, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2022.

mento de regulación social, la reaparición del pluralismo jurídico y la revalorización del juez como el gran gestor del caos de normas y mandatos en conflicto⁹⁹⁸

Destaca este autor que los fenómenos que originan nuestra complejidad de fuentes son la fragmentación normativa, la fragmentación interpretativa y que el derecho interno es considerado como un hecho.

La fragmentación del orden jurídico implica el sometimiento a normas y tribunales internacionales, que penetran cada vez más en el funcionamiento doméstico, implica la sujeción a un orden donde ya no existe un único centro de poder. Así, en el derecho internacional no rige el principio de jerarquía, con lo cual los crecientes conflictos entre normas no pueden ser resueltos bajo los criterios modernos.

La fragmentación interpretativa se observa en que el poder público doméstico ya no tiene la última palabra. Asistimos al surgimiento de diferentes formas de jurisprudencia a cargo de cuerpos internacionales desconectados entre sí, que en ocasiones persiguen fines contradictorios.

Por último –siguiendo a Juan Justo– hay que destacar la naturaleza meramente fáctica del derecho interno, ya que, en virtud de la regla de inoponibilidad del derecho interno plasmada en el art. 27 de la Convención de Viena, las normas –tanto legales como constitucionales– las sentencias y los actos emanados del Estado son para los cuerpos internacionales simples hechos, que se analizan a nivel internacional con total prescindencia de su significación o jerarquía dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado.

Sintetizando la respuesta a la pregunta de este punto, se puede arriesgar a afirmar que nuestro derecho es hoy fragmentado tanto normativa como interpretativamente, sin un centro único de poder, y el juez es el gran encargado de coordinarlo, para lo cual ya no puede echar

⁹⁹⁸ Justo, Juan B. (2016). Cómo ser abogado en el nuevo orden medieval. *Derechos En Acción*, (01). Recuperado a partir de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/2816>.

mano a un orden racional y hermético, sino que tiene recurrir a principios, con toda la ambigüedad que ello implica.⁹⁹⁹

¿Cómo influyen las perspectivas personales (ideológicas, políticas, filosóficas, religiosas, etc.) de los magistrados al resolver?

Encontrar algunas respuestas a esta pregunta requiera de abrir nuestra búsqueda a otras ciencias y recurrir a los estudiosos de las sociedades y del análisis de la conducta humana.

El miércoles 6 de octubre de 2021, el diario Clarín tituló en su tapa de la edición en papel “Con la salida de Highton, el Gobierno pierde su único voto en la Corte”, afirmación que generó que el entonces presidente de la nación, Alberto Fernández, se preguntara en las redes sociales: “Si el Gobierno perdió su único voto, ¿de quiénes son los cuatro votos restantes?”¹⁰⁰⁰

Una respuesta del Gobierno de Alberto Fernández a la crisis judicial fue la creación –al inicio de su mandato– del Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público,¹⁰⁰¹ que dio tratamiento a la posible revisión de las funciones constitucionales e institucionales de la Corte Suprema.

Raúl Gustavo Ferreyra, integrante de dicho consejo, afirmó en su dictamen individual de propuestas y recomendaciones referidas a la Corte Suprema que “el abuso en la demanda jurisdiccional dirigida al control de los actos políticos en *sentido estricto* genera una politización de la justicia y puede conducir a una política en forma de justicia. La política se encuentra dentro de las normas de la CF, razón por la cual la

⁹⁹⁹ Justo, Juan B. (2016). Cómo ser abogado en el nuevo orden medieval. *Derechos En Acción*, (01). Recuperado a partir de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/2816>.

¹⁰⁰⁰ La renuncia de la única jueza mujer que hasta noviembre de 2021 integraba el máximo tribunal federal reavivó una histórica discusión sobre la composición de la Corte, con propuestas de una mayor cantidad de miembros, paridad de género y la posible integración en salas temáticas.

¹⁰⁰¹ Creado por Decreto 635, del 29 de julio de 2020, con el objeto de elevar un dictamen con propuestas y recomendaciones sobre diversos ejes. En el artículo 4 se destacan los referidos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

promoción “endemoniada” de demandas sobre productos del Congreso o del Ejecutivo –en otras palabras, la judicialización de la política del Estado– constituye, también, una violación a la Ley fundamental¹⁰⁰².

En estos últimos tiempos, resultan explícitas las opiniones de los jueces de la Corte Suprema vinculadas con cuestiones políticas como las recientes manifestaciones públicas en las que se dijo que las necesidades no crean derechos, que la emisión monetaria podría ser inconstitucional, que la dolarización está prohibida constitucionalmente, que la constitución defiende el modelo económico capitalista o que la vicepresidenta no está proscripta políticamente. Todas estas declaraciones de un profundo contenido político e ideológico fueron vertidas por fuera de cualquier expediente o actuación judicial.

Es también muy conocida la idea del actual ministro Carlos Rosenkrantz –expuesta hace ya años en su condición de académico– que sostiene –con variados argumentos– que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales no deben estar reconocidos en nuestra Constitución Nacional.¹⁰⁰³ Su mirada política liberal sobre nuestras instituciones jurídicas es muy valiosa y se manifiesta como una de las diferentes ideologías que se expresan en nuestro país, pero resulta un problema cuando –como Ministro de la Corte– tiene que interpretar la Constitución –que juró defender y respetar– y siendo que ésta reconoce expresamente este tipo de derechos económicos, principalmente a través de la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos por la vía del art. 75, inc. 22 de la CN.

El actual contexto puede ser interpretado por la teoría de la defecación estratégica de Gretchem Helmke, quien realizó una famosa investigación sociológica sobre las relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en la Argentina en el período 1976-1995.¹⁰⁰⁴ La expli-

¹⁰⁰² Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/04/miscelaneas88981.pdf>

¹⁰⁰³ Rosenkrantz, Carlos, “La pobreza, la ley y la Constitución”.

¹⁰⁰⁴ Helmke, Gretchem. (2003). “La lógica de la defecación estratégica; relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en la Argentina en los períodos de la dictadura y la democracia”. En: Desarrollo Económico, vol. 43, N° 170.

cación que propone consiste en que cuando un gobierno en ejercicio comienza a perder poder y debilitarse, los jueces carentes de seguridad institucional se ven estimulados a incrementar sus medidas contrarias al gobierno a fin de poner distancia con respecto a él (defección estratégica). Dice: “Si los jueces piensan que se verán más limitados en su accionar por el futuro gobierno que se opone al actual, su reacción más apropiada tal vez sea no apoyar al gobierno actual, sino defeccionar de éste”.¹⁰⁰⁵

En mi opinión –conformada más por la experiencia que por la lectura– la respuesta a la pregunta de cómo deciden los jueces es tan compleja debido a la coexistencia de muy distintos elementos que van desde los contenidos de las normas hasta cuestiones personalísimas de los decisores. Intuyo que los jueces deciden motivados por el ordenamiento jurídico y/o por sus ideas políticas, también actúan racionalmente en arreglo a sus fines (aplicar la ley- resolver de acuerdo a su cosmovisión política) y también, en tanto acción social en sentido weberiano, su conducta está referida a la conducta de otros, orientándose por ésta en su desarrollo.¹⁰⁰⁶

Por último, ya analizando la coyuntura de estos últimos años:

¿Cómo funciona el sistema constitucional de frenos y contrapesos?

Hace ya unos cuantos años que en la Argentina no se pueden lograr los acuerdos políticos para tomar aquellas decisiones que son centrales para equilibrar, sopesar, frenar las relaciones entre el Poder Judicial y los Poderes Políticos. Nuestro sistema constitucional establece una serie de herramientas institucionales para que los representantes del pueblo, ya sea legisladores o gobernantes, puedan realizar un control político de la magistratura. Los jueces, por su parte, controlan la lega-

¹⁰⁰⁵ Helmke, Gretchem. (2003). “La lógica de la defección estratégica; relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en la Argentina en los periodos de la dictadura y la democracia”. En: Desarrollo Económico, vol. 43, N° 170.

¹⁰⁰⁶ Cabral, Pablo Octavio; “¿Cómo deciden los jueces? Releyendo el trabajo de Gretchen Helmke sobre la lógica de la defección estratégica”, Revista de la Escuela Judicial de la Provincia de Buenos Aires, N° 01 de noviembre de 2021.

lidad de la actuación administrativa y la constitucionalidad de la actuación legislativa. Los gobernantes y legisladores tienen la facultad de nombrar a quienes integran el poder judicial y, en su caso, removerlos. Para lo uno y lo otro, ya sea con la intervención del Consejo de la Magistratura o de las cámaras legislativas, exige mayorías especiales que la actual fragmentación política y la falta de diálogo transforman en una quimera. En la actualidad no existe una fuerza partidaria que pueda conseguir esas mayorías políticas y el futuro no se vislumbra prometedor en este aspecto.

Entonces, la maquinaria para los frenos y contrapesos de los poderes constituidos hoy resulta obsoleta, está rota, desequilibrada en favor del Poder Judicial que se ve reforzada por un constante avance en la limitación y control de la discrecionalidad política, tanto del legislador como del titular del ejecutivo, además del auto reconocimiento del carácter erga omnes de las sentencias del poder judicial dentro de los procesos colectivos o acciones de clase.

Si sumamos el intento de creación de un nuevo control de constitucionalidad respecto del sistema internacional de protección de los derechos humanos y del derecho público provincial, el futuro de nuestras instituciones democráticas se obscurece mucho más.

Es entonces necesario encarar una amplia reforma institucional, no dirigida en exclusividad hacia el Poder Judicial, sino pensando en el actual sistema de frenos y contrapesos, para encontrar soluciones a la fragmentación política, a la luz del principio constitucional de soberanía popular y representación democrática.

III. El posicionamiento político e institucional de la actual Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En este punto voy a analizar las doctrinas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la que utilizó dos conceptos que permiten advertir una transformación de su rol institucional que implica su fortale-

cimiento, por arrogarse la facultad de controlar la constitucionalidad de las normas y decisiones de los sistemas internacionales de derechos humanos, a partir de la utilización discrecional de los principios del derecho público de nuestra constitución (“Fontev ecchia II”) y de una particular versión vernácula de la doctrina foránea del *margen de apreciación nacional* (“Escalante”), replicada en su relación con las provincias en el *margen de apreciación local* (“Asociación Civil Asamblea Permanente de los Derechos Humanos de Mendoza”).

1. La CSJN como cabeza del Poder Judicial. ¿Los misteriosos principios del derecho público constitucional (art. 27 CN)

Como fue desarrollado en el primer capítulo de esta obra, en el actual sistema jurídico argentino los jueces adquieren una centralidad, no solo en la interpretación del derecho, sino en la construcción de nuestro ordenamiento convencional, constitucional y legal. En base a la transformación del mecanismo de resolución de casos –descrita al comienzo de este libro–, en la tarea de aplicación del derecho por parte de los jueces adquirieron relevancia teorías de la argumentación jurídica.

Si bien aquí no procede ni es posible desarrollar todas las implicancias de su impacto, sí es mi intención referirme al efecto de esta construcción teórica de la interpretación del derecho nacional en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema vinculada con su rol respecto de la evaluación de normas y decisiones provenientes del sistema internacional de derechos humanos.

A partir de la resolución del caso “Ministerio de Relaciones y Culto”¹⁰⁰⁷ (En adelante me referiré a este fallo como Fontev ecchia II) el máximo tribunal de justicia nacional revisa su relación con la Corte

¹⁰⁰⁷ CSJN, Fallos: 340: 47; “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso Fontev ecchia y D Ámico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sentencia de fecha 14 de febrero de 2017. Esta sentencia será analizada con más detalle en los siguientes puntos del presente trabajo.

Interamericana de Derechos Humanos, entre otros argumentos, utilizando el texto del artículo 27 de la Constitución Nacional.

La Corte argentina evaluó si la orden contenida en la parte resolutive de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto dispone “dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontev ecchia y Héctor D’Amico” en la causa “Menem” ha sido dictada dentro del marco de atribuciones previsto por la Convención Americana de Derechos Humanos y puede ser cumplida por esa Corte a la luz del ordenamiento constitucional nacional. La respuesta a la que arribaron los ministros votantes fue negativa por los argumentos que a continuación se sintetizan.

Parte en su razonamiento de la característica de sistema subsidiario que revisten las normas y organismos interamericanos de derechos humanos, recordando que la Corte Interamericana no interviene como cuarta instancia revisora de las decisiones nacionales, destacando también que la propia Convención no dispone que el tribunal pueda dejar sin efecto una sentencia dictada en sede nacional (Art. 63.1 CADH).

En lo que aquí interesa, resultan centrales sus considerandos 16 y 17, que por su trascendencia transcribo íntegramente a continuación:

“16) En este caso, dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino. Desde esta perspectiva constitucional, el art. 27 de la Carta Magna prescribe “[e]l Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución” (subrayado añadido). Estos principios reseñados se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. El constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho pú-

blico establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (Fallos: 316:1669; entre otros).

17) Entre dichos principios incommovibles se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del arto 108 de la Constitución Nacional (Fallos: 256:114; 289:193; 318:986; 319:1973; 328:2429; 329:3235, 5913; 330:49, 251; 338:1575; entre muchos otros). Revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional.” (el subrayado me pertenece)

Así, la Corte establece un límite a la aplicación de una decisión del sistema interamericano de Derechos Humanos con fundamento en que su acatamiento implicaría la violación del principio de derecho público constitucionalizado que establece la superioridad y cabeza del Poder Judicial del órgano Corte Suprema de Justicia Nacional.

Como lo afirma Víctor Abramovich; “el punto más conflictivo de toda la decisión está en el argumento de la existencia de un orden conformado por los principios fundamentales de derecho público argentino que funciona como “valladar” infranqueable de reserva de soberanía ante la aplicación de los tratados internacionales, incluso de los que han sido constitucionalizados”, implicando el alejamiento de la posición monista respecto de nuestro ordenamiento jurídico –bloque de constitucionalidad único– y el consecuente retorno a la visión dualista de la relación entre derecho internacional y derecho interno (dos sistemas normativos diferentes).¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁸ Abramovich, Víctor (2017): “Comentarios sobre “Fontevicchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, en: Revista Pensar en Derecho, Facultad de Derecho, UBA, pp. 9-25

La jurisprudencia nacional y la doctrina coinciden en reconocer entre los principios inconstitucionales de derecho público de nuestra constitución, entre otros, los siguientes; principio de legalidad o juridicidad; principio de igualdad; principio de razonabilidad; principio de soberanía popular; principio de representación democrática; entre otros.

El principio utilizado en este fallo por los cortesanos no integra ese grupo de principios de derecho público de nuestra Constitución Nacional más desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

¿La supremacía jerárquica de la Corte Suprema de Justicia es un principio de derecho público de nuestra Constitución nacional? Los ministros firmantes de las sentencias en estudio en este trabajo así lo afirmaron.

Veamos el texto de la norma de la que la Corte extrajo el “*principio inconstitucional*” del derecho público de superioridad jerárquica y cabeza del Poder Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

“Art. 108 CN. El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciese en el territorio de la Nación.”

Dicha norma, integra la parte orgánica de nuestra organización constitucional y –en una clasificación tradicional de los tipos normativos– puede ser considerada como una *norma organizativa*, en la que se asigna competencia a los órganos del Estado.¹⁰⁰⁹

Además de ser una norma propia de la organización instrumental del poder constituido, es una disposición constitucional específica y concreta que se diferencia de aquellas genéricas que se aplican a un amplio número de situaciones, como sucede con los criterios para la reglamentación de los derechos o los principios de derecho públicos expuestos en la parte dogmática de nuestra Constitución.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁹ Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, Tomo I, pág. 80.

¹⁰¹⁰ Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, Tomo I, pág. 80.

A la hora de interpretar las distintas normas constitucionales la doctrina establece algún tipo de jerarquía, por ejemplo, entre normas dogmáticas y orgánicas, otorgando primacía a las primeras por sobre las segundas. El propio Rosatti afirma lo siguiente: “El fundamento de esta jerarquía en la relación *dogma-organización*, que debe ser considerado como regla interpretativa, se encuentra en la distinta naturaleza de las disposiciones: las primeras expresan una concepción ideológico-política (cuanto no filosófica) que permiten *definirnos* o –cuando menos– *identificarnos* con el Estado-Nación; las segundas son normas de instrumentación, de gestión o de administración y –en tal carácter– su parámetro de referencia es la consistencia, la congruencia y la eficiencia técnica para expresar con fidelidad el *dogma* constitucional. En esta inteligencia, se entiende que las cláusulas *orgánicas* guarden una relación de subordinación respecto de las *dogmáticas*”.¹⁰¹¹

Sobre los alcances y límites de la disposición constitucional que le da carácter de suprema a la Corte de Justicia de la Nación, veamos la propia opinión de Horacio Rosatti, en su condición de académico; “Rol institucional. La Corte es “Suprema” porque: Desde el punto de vista de la función jurisdiccional, constituye la última instancia de decisión en el ámbito nacional. El reconocimiento de la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos asumida por nuestro país (bajo condición de reciprocidad) al momento de ratificar dicha Convención (ley 23.054, art. 2º), luego elevada al rango de documento “con jerarquía constitucional” (art. 75, inc. 12, segundo párrafo, Const. Nac.), supone reconocer que –en los temas referidos– existe una instancia jurisdiccional por sobre la Corte Suprema de Justicia Nacional. Pero la Corte sigue siendo Suprema en el ámbito de las decisiones dictadas en el ámbito nacional.”¹⁰¹²

¹⁰¹¹ Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, Tomo I, pág. 141.

¹⁰¹² Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, Tomo II, pág. 438.

La supremacía institucional de la cabeza del Poder Judicial queda relegada al ámbito nacional y la compatibilidad de esta característica de organización de éste poder constituido con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos fue evaluado por los representantes de pueblo al sancionar la ley que ratificó la Convención y al modificar la Constitución en 1994.

Hasta aquí, el principio de derecho público identificado por la Corte en el artículo 108 de la Constitución Nacional es una norma de tipo organizativa, es decir una cláusula orgánica, que no comparte las características de los principios constitucionales generales y con contenido dogmático. Debido a la relevancia que el Tribunal le otorga a este principio, la sentencia en análisis debió haber argumentado en forma suficiente exponiendo con claridad las razones por las que sostiene que de esta norma de organización del Poder Judicial, surge un principio para limitar el cumplimiento de una decisión proveniente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y permitir construir una doctrina jurisprudencial que habilite un control de constitucionalidad de las fuentes internacionales.

Además de ello, como lo expuso Abramovich, “la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana establecida en el artículo 68 de la Convención Americana es un principio fundamental del derecho público constitucional argentino, tanto como aquel del artículo 108 de la Constitución que asigna a la Corte Suprema la cabeza del Poder Judicial. La posición del bloque único parte de una clara premisa política: cuando el poder constituyente llevó los tratados a la Constitución analizó que eran compatibles con ella, de modo que no corresponde a los jueces presuponer contradicciones entre el tratado y la constitución originaria, pues sería equivalente a admitir contradicciones entre dos normas del texto constitucional.”¹⁰¹³

¹⁰¹³ Abramovich, Víctor, ob. cit.

2. La CSJN frente al sistema normativo supra nacional. *El margen de apreciación nacional.*

El margen de apreciación nacional es una *doctrina foránea*, ahora replicada entre nosotros por destacados autores del derecho argentino. Su origen y desarrollo no tuvo fundamento normativo alguno, ni en el sistema europeo de derechos humanos –donde nació jurisprudencialmente–, ni en el sistema interamericano de derechos humanos, ni tampoco en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

En Europa la aplicación de la doctrina es titularidad de Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien revisa las decisiones discrecionales de los Estados Nacionales en determinados contextos y respecto de algunos derechos fundamentales. La revisión y aplicación del margen de apreciación nacional lo titulariza y ejerce la jurisdicción internacional y la actividad discrecional sometida a escrutinio de convencionalidad es la propia de los Estados nacionales, provenga de su Poder Ejecutivo, Poder Legislativo o Poder Judicial. La revisión de la actividad estatal –utilizando esta doctrina– está en cabeza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la materialidad analizada son las políticas y decisiones soberanas de cada país, producidas por cualquiera de las autoridades de sus tres poderes constituidos.

Es necesario volver sobre la caracterización sobre nuestro actual sistema jurídico en lo que concierne al ya referido carácter fáctico que reviste el derecho interno en sedes internacionales. En efecto, en virtud de la regla de inoponibilidad del derecho interno plasmada en el art. 27 de la Convención de Viena, las normas –tanto legales como constitucionales– las sentencias y los actos emanados del Estado son para los cuerpos internacionales simples hechos, que se analizan a nivel internacional con total prescindencia de su significación o jerarquía dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado.¹⁰¹⁴

¹⁰¹⁴ Justo, Juan, Ob. Cit.

Esa naturaleza meramente fáctica del plexo normativo del país, de sus sentencias, de sus actos administrativos y –en suma– del cúmulo de expresiones posibles del poder público frente a las normas convencionales pone en evidencia que el proceso globalizador, confirió a los cuerpos internacionales la capacidad de juzgar la validez de las decisiones de ese mismo Estado como actos carentes de toda imperatividad.

Como explica Juan Justo: “El derecho más imperativo –la Constitución– tiene para los cuerpos internacionales el mismo valor que la costumbre para el juez del siglo XX. Irrelevancia jurídica y valor fáctico. Como en la Edad Media, el poder político doméstico no tiene la capacidad de creación del derecho. El derecho fiscal se crea en la OMC, el derecho administrativo y regulatorio se crea en el CIADI, y el derecho constitucional en la Corte Interamericana. A veces se crea formalmente y otras interpretativamente. El ordenamiento interno ha perdido, así, su rol de elemento de cohesión”¹⁰¹⁵.

Adelanto entonces que se trata de una doctrina para justificar el incumplimiento del ordenamiento jurídico internacional en materia de derechos humanos por parte de los Estados que son parte de ese sistema supranacional de protección. El *margen de apreciación nacional* habilita a los Gobiernos de los Estados partes a **restringir o limitar alguno/s derecho/s fundamental/es**, con el argumento que las especiales y particulares circunstancias históricas, sociales, económicas, jurídicas o culturales de cada nación, lo justifican.

a) Conceptualización del margen de apreciación nacional (Horacio Rosatti). Hacia un nuevo control de constitucionalidad vertical (supra nacional)

Existen diversas definiciones sobre este concepto o doctrina, muchas de las cuales serán desarrolladas más abajo al analizar su aplicación en el Sistema Europeo de Derechos Humanos y el intento de hacerlo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero tratándose de un trabajo centrado en la aplicación que hace nuestro máximo tribu-

¹⁰¹⁵ Justo, Juan, Ob. Cit.

nal federal tomaremos una primera definición conceptual de Horacio Rosatti, quien promueve –tanto en su función de académico como en tarea de Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico¹⁰¹⁶.

Para Rosatti el margen de apreciación nacional es “una **potestad inherente a la soberanía de los Estados Nacionales**, ejercida en concordancia con el orden internacional para **evaluar** si una norma, decisión o interpretación internacional **emitida** en ejercicio de una competencia i) derivada del orden internacional, ii) disputada entre dicho ámbito y el nacional, iii) insuficientemente regulada; o iv) aquejada de polisemia, y destinada a ser aplicada en su territorio, **lesiona normas, principios o valores de la Constitución Nacional**”¹⁰¹⁷.

Quisiera adelantar que esta definición se aparta de la construida jurisprudencialmente en el sistema europeo de derechos humanos, así como de la concepción cuya aplicación al Sistema Interamericano discute la doctrina y la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo iremos viendo a lo largo del presente capítulo.

La definición de Rosatti hace mención a un tipo de actividad propia de la judicatura, referida específicamente al control de constitucionalidad. Describe aquella función en la que se evalúa si una norma, decisión o interpretación lesiona la Constitución Nacional. La particularidad del caso es que la actividad revisada proviene del ámbito internacional pudiendo tratarse de un tratado de derechos humanos o de una decisión

¹⁰¹⁶ Bruno, Cecilia Romina; “Hacia el necesario desarrollo de un margen de apreciación nacional”. Dice: “Sin lugar a dudas, ha sido el doctor Horacio Rosatti quien se ha encargado de estructurar de algún modo esta temática y de darle así visibilidad, desde el punto de vista académico y judicial. Lo ha incluido en sus disertaciones y conferencias, y también lo ha incorporado –como integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– a la fundamentación de sus votos, en algunos casos, en conjunto con alguno de sus colegas”

¹⁰¹⁷ Rosatti, Horacio D; “Globalización, convencionalidad y estatalidad. Sobre el margen de apreciación nacional en la aplicación de normas internacionales”; “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local: Teoría y praxis judicial”, Revista de Derecho Público, vol. 2018.2, Santa Fe, p. 653 y siguientes.

de alguno de los organismos internacionales que integran los sistemas a los que nuestro país adhirió.

Podría entonces, a partir de esta idea del *margen de apreciación nacional*, adelantar que quien ejerza esta potestad, bien podría evaluar si un pacto internacional (norma) o una decisión o interpretación de un organismo internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia u opinión consultiva), destinada a ser aplicada en nuestro territorio nacional, lesiona –o no lo hace– tanto normas como principios y valores de nuestro bloque de constitucionalidad federal. También surge de la definición que la evaluación del órgano nacional competente es posterior a la emisión de la norma, decisión o interpretación sometida a un nuevo test de constitucionalidad que nace con la particular aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional.

¿Quién tiene la titularidad de la facultad de actuar discrecionalmente en los términos del concepto de *margen de apreciación nacional* para Rosatti?

El autor y juez se pregunta por la titularidad de la mentada potestad de apreciación¹⁰¹⁸. Como vimos, la respuesta está implícita en su definición del margen de apreciación nacional, tanto por el tipo de tarea que conlleva la “*percepción de algo a través de los sentidos o de la mente*”¹⁰¹⁹ como por el mecanismo de revisión constitucional que describe: Su titular debería ser el Poder Judicial que en nuestro sistema tiene competencia para realizar el control de constitucionalidad en forma difusa.

Luego de algunas consideraciones generales, Rosatti da respuesta a su pregunta por la titularidad de la potestad de apreciación, coincidiendo parcialmente con mi razonamiento derivado de su propia definición

¹⁰¹⁸ Rosatti, Horacio D; “Globalización, convencionalidad y estatalidad. Sobre el margen de apreciación nacional en la aplicación de normas internacionales”; “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local: Teoría y praxis judicial”, Revista de Derecho Público, vol. 2018.2, Santa Fe, p. 653 y siguientes.

¹⁰¹⁹ Este tipo de actividad perceptiva, así descripta, da cuenta de una actividad individual de un sujeto, y parece –en principio– no ser aplicable a la tarea que puede desarrollar un colectivo de personas –como un cuerpo legislativo–, donde no existe tal percepción aislada sino que se produce, a lo sumo, una discusión colectiva sobre las distintas percepciones y se resuelve por un criterio numérico de mayoría de votos.

de la doctrina del margen de discrecionalidad estatal. Dice sobre el ejercicio de dicha facultad: “*Limitar la aplicación del margen de apreciación al ámbito judicial o jurisdiccional importa caer en un reduccionismo infundado. El instituto es igualmente aplicable en la instancia constituyente y, dentro del ejercicio del poder constituido, por parte del órgano legislativo. Esto es evidente en el caso de la República Argentina.*”¹⁰²⁰

En igual sentido se expresa Néstor Sagués: “la legitimación de tal teoría parte de la afirmación que no constituye un privilegio para los Estados, sino una consecuencia de la democracia y el pluralismo, que es bueno comprender las realidades jurídicas, económicas y sociales de cada país, y la apreciación que de ellas hagan los tribunales nacionales, que son los más próximos y autorizados (en principio) para evaluar, en cada terreno concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional”¹⁰²¹ (el subrayado me pertenece).

En síntesis –según Rosatti–, los titulares de la potestad son el Poder Judicial, el Poder Constituyente y el Poder Legislativo, omitiendo expresamente reconocer tal facultad al titular del Poder Ejecutivo.

¿Qué condiciones y requisitos son exigibles para que proceda la discrecionalidad estatal que habilita el *margen de apreciación nacional*?

Este tipo de control judicial de la actividad legislativa y administrativa permite que el juez analice las decisiones tomadas por dichos poderes en ejercicio de las llamadas potestades discrecionales, a la luz de los argumentos expuestos por el particular que impugna la decisión y por el gobernante que la sostiene y que han sido ordenadamente discutidos en el proceso judicial desarrollado en sus estrados.

¹⁰²⁰ Rosatti, Horacio. En igual sentido se expresan Martínez, Leandro Abel y Rosatti, Emilio: “Ensayo sobre el margen de apreciación nacional y la jerarquía de las fuentes en el sistema constitucional argentino”, UNAM; “se sostiene la existencia de un margen de apreciación a favor de las autoridades nacionales –legislativas y jurisdiccionales– respecto de la interpretación y aplicación del derecho internacional”.

¹⁰²¹ Sagués, Néstor, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica.”, Ius et Praxis, vo. 9, nro 1, Talca, 2003.

b) Su origen jurisprudencial en el Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH)

El margen de apreciación nacional es un concepto que nació en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde se desarrolló y adquirió fama y relevancia, no siendo pacífica –como veremos– su incorporación a nuestro sistema regional de protección de Derechos Humanos.¹⁰²² Hasta hace unos pocos años no se encontraba incluido en forma expresa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, positivizándose recién con la entrada en vigencia de su Protocolo N° 15, en agosto de 2021.

Explica Huberto Vargas Balaguera que: “Sin duda se trata de una figura compleja y controvertida, cuyos contenidos son difusos y su aplicación impredecible dada la alta dosis de discrecionalidad con que ha sido –y es– utilizada por los tribunales, por lo que la jurisprudencia es imprecisa y, a menudo, contradictoria, en desmedro de la seguridad jurídica. Sumado a ello, y a la falta de regulación expresa, tenemos que en la doctrina tampoco existe un consenso general sobre sus alcances e intensidad”¹⁰²³.

¹⁰²² Las posturas doctrinarias sobre la cuestión son abundantes, siendo coincidentes en que en el ámbito interamericano la jurisprudencia de la Corte, si bien en un comienzo utilizó el concepto del margen de apreciación nacional, luego no lo utilizó en sus sentencias. La postura contraria puede ser resumida en las palabras de Antonio Cancado Trindade; “Siendo así, la doctrina del margen de apreciación pasa a requerir una seria reconsideración. Afortunadamente, tal doctrina no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito en la jurisprudencia bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Cancado Trindade, Antonio; *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, p. 386). Una posición favorable la sostienen Alfonso Santiago y Lucía Bellocchio para quienes: “Nos parece que con el principio de subsidiariedad, la necesidad de evitar conflictos innecesarios con los Estados parte y el progresivo desarrollo institucional y jurisprudencial de la Corte IDH requerirá la adopción y desarrollo de la doctrina del margen de apreciación nacional por parte del tribunal regional” (Santiago, Alfonso y Bellocchio, Lucía (Directores), *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018)*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 580).

¹⁰²³ Vargas Balaguera, Humbro G; “El margen de apreciación nacional”.

Ignacio Díaz Solimine lo describe de la siguiente forma: “En el sistema europeo de derechos humanos, el término margen de apreciación o margen de discrecionalidad estatal se refiere al espacio de maniobra que los organismos de Estrasburgo están dispuestos a reconocer a las autoridades nacionales –ya sean administrativas, legislativas o judiciales–, al momento de cumplir sus obligaciones contempladas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”.¹⁰²⁴

Para López Alfonsín: “La doctrina del margen de apreciación nacional encuentra su origen como criterio hermenéutico instaurado por los organismos del sistema europeo, a fin de interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos...esta doctrina puede ser entendida como un espacio de discrecionalidad que cuentan los Estados partes, para fijar el contenido y alcance de los derechos del Convenio Europeo, tomando en consideración determinadas circunstancias jurídicas, sociales y culturales.”¹⁰²⁵

Los doctrinarios nacionales que abordaron esta cuestión detallaron en sus trabajos la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, cuyos casos originaron la doctrina del margen de apreciación nacional en el viejo continente.¹⁰²⁶

De la lectura de estos antecedentes jurisprudenciales europeos concluyo lo siguiente:

- En todos los casos la utilización del estándar o criterio interpretativo del margen de apreciación nacional fue utilizado en forma exclusiva por la Corte Europea de Derechos Humanos y no por los poderes judiciales nacionales de los países demandados.
- En todos los casos se analizaba la vulneración, restricción o limitación de un derecho humano reconocido en el respecti-

¹⁰²⁴ Díaz Solimine, Omar Luís y Díaz Solimine, Ignacio Luís; *El margen nacional de apreciación. Aportes a la soberanía jurídica de los Estados*, Astrea, Buenos Aires, 2020, p. 111.

¹⁰²⁵ López Alfonsín, Marcelo Alberto; “La doctrina del margen de apreciación nacional” en *Revista de Derecho Público*, 2017-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, p.126.

¹⁰²⁶ Ver el trabajo de Alfonso, Santiago; “Principio de subsidiariedad y doctrina del margen nacional de apreciación”, Editorial La Ley del 21/12/22.

vo sistema europeo de protección y el margen de apreciación sólo se aplica en casos en que se encuentren afectados derechos que no integran el núcleo duro o esencial, que no admite restricción o limitación.

- La discrecionalidad de cada Estado, analizada con la pauta del margen de apreciación nacional por el tribunal europeo, se manifestó respecto de una política dispuesta en la mayoría de los casos; legislativamente (Art. 4 de la ley 1959 del Reino Unido¹⁰²⁷; Art. 188 del Código Penal de Austria¹⁰²⁸; disposiciones legales sobre libertad religiosa de Turquía¹⁰²⁹; Art. 3 de la Ley de procreación artificial de Austria¹⁰³⁰; regulación civil del matrimonio en Francia¹⁰³¹; Ley de adopción de Italia¹⁰³², Sección 91 de la Ley de Educación del Cantón de Basilea, Suiza¹⁰³³), administrativamente (Reglamento del Consejo Escolar en Italia¹⁰³⁴) y minoritariamente en decisiones judiciales internas que aplicaban el derecho local.

c) El margen de apreciación nacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)

Explica Laura Clérico que el margen de apreciación nacional –aclarando que su aplicación en nuestro ámbito debe ser contextualizada y sobre todo fundada– implica que las autoridades nacionales están mejor posicionadas que el órgano jurisdiccional internacional para realizar la evaluación de la necesidad y proporcionalidad de la medida. Siempre su utilización debe estar referida a la cuestión de fondo, es decir si exis-

¹⁰²⁷ CEDH; caso “*Handyside c. Reino Unido*” (1976).

¹⁰²⁸ CEDH; caso “*Otto-Preminger-Institut c. Austria*” (1994).

¹⁰²⁹ CEDH; caso “*Leyla Sahin c. Turquía*” (2004).

¹⁰³⁰ CEDH; caso “*S. H. y otros c. Austria*” (2011).

¹⁰³¹ CEDH; caso “*Chapin et Charpentier vs. Francia*” (2016).

¹⁰³² CEDH; caso “*Paradiso y Campanelli c. Italia*” (2017).

¹⁰³³ CEDH; caso “*Osmanoglu c. Suiza*” (2017).

¹⁰³⁴ CEDH; caso “*Lautsi c. Italia*” (2011).

tían razones –dentro de la discrecionalidad estatal– para justificar la restricción de un derecho¹⁰³⁵.

d) La restricción o limitación de derechos en la Convención Americana de Derechos Humanos

¿Qué poder constituido esta convencionalmente autorizado para restringir o limitar los derechos humanos reconocidos por el Sistema Interamericano?

La Convención Americana de Derechos Humanos reconoce una serie de derechos frente a los Estados, permitiendo su restricción o limitación en casos específicamente establecidos en la regulación de cada derecho y disponiendo que tal afectación sólo pueda ser declarada por leyes que se dicten por razones de interés general.

Según la Convención (art. 29. a CADH), es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de cualquiera de los derechos proclamados por ella, no obstante que en circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados (art. 27 CADH).

En su artículo 30 la Convención regula el alcance de las restricciones al definir que: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

La Corte Interamericana interpretó que los conceptos de orden público o bien común, derivados del interés general, cuando se invoquen como razón para imponer una limitación, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los diversos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.

¹⁰³⁵ Clérico, Laura; “La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes”. *Derechos En Acción*, 7.

En la Opinión Consultiva N° 5/85 (La colegiación obligatoria de periodistas) dijo la Corte que “Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana... No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de ‘orden público’ y ‘bien común’, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención” (párrs. 66 y 67).

En su Opinión Consultiva N° 6/86 (9 de mayo de 1986) sostuvo la Corte que: “los criterios del artículo 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión ley o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos. En efecto, la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos. El artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte

de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas”.

Sintetiza su postura al afirmar que en tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general.

Sobre esta base –en lo que aquí nos interesa– avanza la Corte sobre las características que debe tener esa legislación restrictiva, en particular sobre su dictado por razones de interés general. Allí define: “El requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del ‘bien común’ (art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es ‘la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad’ (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Considerandos, párr. 1). Agrega que “‘Bien común’ y ‘orden público’ en la Convención son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos ‘requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa’ (Carta de la OEA, art. 3.d); y los derechos del hombre, que ‘tienen como fundamento los atributos de la persona humana’, deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana, Considerandos, párr. 2; Convención Americana, Preámbulo, párr. 2).

La restricción debe encontrarse entonces prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés pú-

blico imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.

3. El *margen de apreciación nacional* en la sentencia *Fontevecchia II*

Para un análisis de los alcances de la sentencia en el caso “Escalante” respecto de la doctrina del *margen de apreciación nacional*, debemos complementar el contexto con una breve reseña a la decisión de la Corte Suprema de la Nación en la causa “Fontevecchia II”¹⁰³⁶ que puso en crisis su propia doctrina (Casos “Cantos” –2003–¹⁰³⁷, “Espósito” –2004–¹⁰³⁸, “Derecho” –2011–¹⁰³⁹, “Carranza Latrubesse” –2013–¹⁰⁴⁰, “Mohamed” –2015–¹⁰⁴¹, entre otros), según la cual a partir de la reforma constitucional de 1994, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas en causas en que la Argentina es parte deben ser cumplidas y ejecutadas por el Estado y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Frente a la solicitud a la Corte del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos que dé cumplimiento a una decisión del tribunal interamericano, nuestra Corte federal dictó sentencia el 14 de febrero de 2017¹⁰⁴², en la que se puso en tela de juicio el punto resolutorio de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

¹⁰³⁶ CSJN, Fallos: 340: 47; “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D Ámico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sentencia de fecha 14 de febrero de 2017.

¹⁰³⁷ CSJN; Fallos: 326:2968.

¹⁰³⁸ CSJN; Fallos: 327:5668.

¹⁰³⁹ CSJN; Fallos: 334:1504.

¹⁰⁴⁰ CSJN; Fallos: 336:1024.

¹⁰⁴¹ CSJN; Res 477/15 del 25 de marzo de 2015 en Expte. 4499/13.

¹⁰⁴² CSJN, Fallos: 340: 47; “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D Ámico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sentencia de fecha 14 de febrero de 2017.

al resolver la causa Fontevecchia y Otros Vs. Argentina, donde habiendo declarado que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes (Art. 13 CADH), dispuso que la Argentina debía “dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias”.¹⁰⁴³

La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que no correspondía hacer lugar a lo solicitado por el Poder Ejecutivo, entendiendo que la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana –que surge del artículo 68.1 de la CADH– debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional, desestimando así la presentación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos de la Nación.

La postura mayoritaria rechazó la presentación del Ministerio por considerar que no correspondía hacer lugar a lo solicitado en tanto ello supondría transformar a la Corte IDH en una “cuarta instancia” revisora de los fallos dictados por los tribunales nacionales, desvirtuando el carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en contravención de su propia estructura y de los principios de derecho público de la Constitución Nacional (art. 27 CN). Entendió que la condena de la Corte Interamericana no podía cumplirse porque dicho tribunal regional de Derechos Humanos se había excedido en sus competencias.

Además sostuvo que del texto de la CADH no surge la facultad de la jurisdicción internacional de revocar las sentencias nacionales, interpretando el contenido normativo de su artículo 63.1, y el alcance del término “revocar” utilizado por la Corte Interamericana en su punto resolutorio 21 (ver Considerandos 11 a 15 del voto mayoritario).

La interpretación de la doctrina respecto de este relevante precedente jurisprudencial ha sido variada, aunque en su mayoría se expresó preocupada por considerarla un retroceso en la protección de

¹⁰⁴³ Corte IDH, Fontevecchia y Otros vs. República Argentina.

los derechos humanos en nuestro país.¹⁰⁴⁴ La Corte Suprema trata de justificar su negativa a la solicitud de dejar sin efecto su sentencia de 2001 por medio de una interpretación restrictiva de la competencia de la Corte IDH¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴⁴ Laura Clérico, La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes. *Derechos En Acción*, 7(7).; Abramovich, Víctor (2017): “Comentarios sobre “Fontevecchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, en: Revista Pensar en Derecho, Facultad de Derecho, UBA, pp. 9-25; Arballo, Gustavo (2017): “La Corte Argentina frente a la Corte Interamericana: la resolución de no-cumplimiento del caso Fontevecchia,” en: <http://www.saberderecho.com/2017/02/la-corte-argentina-frente-la-corte.html>; Bovino, Alberto (2017): “Caso Fontevecchia: la incompetencia de un tribunal”, No hay derecho [Disponible en: <http://nohuboderecho.blogspot.com/2017/02/caso-fontevecchia-la-incompetencia-de.html>]; Gil Domínguez, Andrés (2017): “Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad”, Revista La Ley (3/4/ 2017); Gullco, Hernán (2017): “Corte Suprema vs. Corte Interamericana: ¿quién debe tener la última palabra?”, Buenos Aires, Revista La Ley, (27/4/2017); Hitters, Juan Carlos (2017): “Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países?” en: Revista La Ley, Buenos Aires, (2/8/2017), p. 1; Saba, Roberto (2017): “No huir de los tratados”, Revista Pensar en Derecho, [fecha de consulta: 02/06/2018] [Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-10.php>]; Sacristán, Estela (2017): “Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial”, ED, Suplemento de Derecho Constitucional, (20/3/2017), pp. 1-15; Sagüés, María Sofía (2017). “Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino”, en: Henríquez Viña, M.; Morales Antoniazzi, M.; El control de convencionalidad, Santiago de Chile: DER Ediciones, pp. 281-370; Palacio de Caeiro, Silvia (2017): “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Autor” en: Revista La Ley, Buenos Aires, (8/3/2017). Parra Vera, Oscar (2016): “Algunos aspectos procesales y sustantivos de los diálogos recientes entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Pablo Santolaya e Isabel Wences (coords.), La América de los Derechos, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 565-606. Pizzolo, Calogero (2017): ¿Ser “intérprete supremo” en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación “creacionista” de los derechos humanos en: Revista La Ley (23/2/2017), pp. 7-13; Rey, Sebastián (2017): “En defensa de la convención: una respuesta del derecho internacional a los “elogios” recibidos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Fontevecchia y D’Amico” en: Revista de Derecho Penal y Criminología, Buenos Aires (2017-6), pp. 199-216; De Antoni, R. (2017). Duelo de Cortes: el caso “Fontevecchia” y el valor de las sentencias de la Corte Interamericana. *Derechos En Acción*, 5(5).

¹⁰⁴⁵ Clérico, Laura; “La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes”. *Derechos En Acción*, 7.

El profesor Víctor Abramovich analizó las consecuencias que este precedente podría tener respecto del valor constitucional de los tratados de derechos humanos, advirtiendo que: “el tribunal abrió la puerta para discutir en el futuro la competencia remedial de la Corte Interamericana para revisar sentencias de tribunales nacionales, y el argumento de la cuarta instancia con el alcance peculiar que le da la corte local, sirve para poner un límite a otras órdenes de revisión de sentencias, cualquier fuera la instancia que las dicte, lo que le daría a “Fontevicchia” una proyección mayor”¹⁰⁴⁶.

El desarrollo argumental que me interesa en este trabajo es la mención que efectúa en su considerando decimo respecto del margen de apreciación nacional:

“10. “Esta comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios ha sido, además, abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sus doctrinas del margen de apreciación nacional (desarrollada a partir de los casos “*Lawless v. Ireland*”, sentencia del 1º de julio de 1961, y “*Handyside v. The United Kingdom*”, sentencia del 7 de diciembre de 1976, y expresada más recientemente en el caso “*Lautsi and Others v. Italy*”, sentencia del 18 de marzo de 2011) y de la “cuarta instancia” (“*Schenk v. Switzerland*”, 10862/84, sentencia del 12 de julio de 1988; “*Tautkus v. Lithuania*”, 29474/09, sentencia del 27 de noviembre de 2012; entre otros.”)”

Del hilo argumental de la sentencia se puede observar que la doctrina del margen de apreciación nacional complementa el análisis del carácter subsidiario de la jurisdicción internacional y la prohibición de la cuarta instancia de revisión de las sentencias dictadas en el ordena-

¹⁰⁴⁶ Abramovich, Víctor (2017): “Comentarios sobre “Fontevicchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, en: *Revista Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho, UBA, pp. 9-25.

miento jurídico interno. Luego, y a partir de los considerandos 16 a 19 –como ya fuera expuesto con detalle– desarrolla los principios de derecho público de la Constitución Nacional (art. 27 CN).

En un meduloso trabajo Laura Clérico desarrolla la evolución del concepto *margen de apreciación nacional* en sus orígenes jurisprudenciales en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, destacando las diferencias contextuales y la falta de justificación por parte de la Corte Suprema para referirse –y aplicar– dicha construcción jurisprudencial foránea en nuestro ámbito local. Para dicha autora, la aplicación por parte de la Corte de este concepto –caracterizada por su levedad– requiere de una mayor explicación que contextualice su utilización en nuestra región y amplíe su desarrollo argumental, por lo que finaliza concluyendo que “*la cita del margen de apreciación europea es decorativa*”¹⁰⁴⁷.

Aun así, de la ilación argumental del voto de mayoría, queda claro que la construcción del *margen de apreciación nacional*, junto con la *prohibición de la cuarta instancia* es una expresión del *carácter subsidiario* del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Las razones desarrolladas luego en el voto, referidas a la violación de los principios del derecho público prohibida en el artículo 27 de la Constitución Nacional, no se relacionan con aquel margen de apreciación.

En coincidencia con la lectura que del fallo realiza Diego A. Dolabjian, resulta claro que los fundamentos utilizados por la mayoría para reforzar su decisión con base en la aplicación del *margen de apreciación nacional*, resultan una invocación traída exclusivamente del Derecho Internacional.¹⁰⁴⁸

Esto no sucede en el voto del Ministro Rosatti, quien –en sus fundamentos individuales– sostiene que dentro de los principios del derecho público argentino (Art. 27 CN) se encuentra el *margen de apreciación*

¹⁰⁴⁷ Clérico, Laura; “La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes”. *Derechos En Acción*, 7.

¹⁰⁴⁸ Dolabjian, Diego; “Sobre el margen de apreciación nacional”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 18, N°2, Noviembre de 2020, p. 101.

nacional. Es decir, no se funda en fuentes del Derecho Internacional, sino que lo hace sobre normas de nuestro Derecho Constitucional. Lo manifiesta expresamente en su considerando quinto:

“5. Que, en efecto, esta Corte no puede desconocer que la CADH fue incorporada con jerarquía constitucional a nuestro orden jurídico sin que tal incorporación suponga derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional (art.75, inciso 22 de la Constitución Nacional), dentro de la cual destaca el art. 27.

El constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por “los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional”, a los cuales los tratados internacionales –y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice– deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad.

A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional –sea de fuente normativa o jurisprudencial– sobre el ordenamiento constitucional. Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina...”

Este desarrollo jurisprudencial propuesto en el voto del ministro Rosatti, encuentra una mayor explicación en la tarea de doctrinario de dicho supremo, quien –como vimos al comienzo de este trabajo– en uno de sus varios artículos sobre el tema caracteriza: “al margen nacional de apreciación o margen de apreciación nacional como la potestad inherente a la **soberanía de los Estados nacionales**, ejercida en concordancia con el orden público internacional para evaluar si una norma, decisión o interpretación internacional emitida en ejercicio de una competencia i) derivada del orden internacional, ii) disputada entre dicho ámbito y el nacional, iii) insuficientemente regulada o iv) aquejada

de polisemia, y destinada a ser aplicada en su territorio, lesiona normas, principios o valores de la Constitución Nacional”¹⁰⁴⁹

Si bien la definición dice fundar el principio del margen de apreciación nacional en la “soberanía de los Estados nacionales”: ¿A quién atribuye la potestad para apreciar dentro de dicho margen la norma, decisión o interpretación internacional?; En nuestro sistema constitucional: ¿Qué poder constituido tiene competencia para evaluar si una norma internacional lesiona normas, principios o valores de la Constitución Nacional?

Como lo adelantamos, la respuesta que se desprende de la conceptualización de la doctrina del margen de apreciación nacional que efectúa Rosatti, no puede ser otra que el órgano supremo y cabeza del Poder Judicial (Arts. 27 y 108 CN). Ni el Poder Ejecutivo, ni el Poder Legislativo, ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni los Superiores tribunales de justicia provinciales, ni los órganos inferiores del Poder Judicial; solo –y exclusivamente– la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

IV. El margen de apreciación nacional después del fallo “Escalante”

En el caso “Escalante” la Corte revisó el impacto de su propia doctrina construida a través del precedente “Fontevecchia II”¹⁰⁵⁰ en cuanto a los alcances de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de nuestro país, en particular en la obligación de los órganos judiciales provinciales de dar cumplimiento

¹⁰⁴⁹ Rosatti, Horacio D; “Globalización, convencionalidad y estatalidad. Sobre el margen de apreciación nacional en la aplicación de normas internacionales”; “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local: Teoría y praxis judicial”, Revista de Derecho Público, vol. 2018.2, Santa Fe, p. 653 y siguientes.

¹⁰⁵⁰ CSJN, Fallos: 340: 47; “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D Ámico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sentencia de fecha 14 de febrero de 2017.

to a decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cuestión federal que se produce por su incumplimiento.

Esta decisión del máximo tribunal de justicia de la nación, de la cabeza del Poder Judicial federal, de uno de los poderes constituidos del Estado argentino, debe ser leída en el marco de la actual discusión pública que dicho órgano judicial mantiene con el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, debate en el que se discute –como telón de fondo– sobre las implicancias institucionales que tiene para nuestra democracia constitucional el fenómeno de la politización de la justicia y, su contracara, la judicialización de la política.¹⁰⁵¹

En particular me interesa detenerme en la utilización del concepto jurídico “*margen de apreciación nacional*”, ya mencionado por la Corte en el caso *Fontev ecchia II*, y aplicado en la decisión en análisis en un sentido distinto al dado en la primera de ellas. Pretendo simplemente hacer foco en la manera en que la cabeza de nuestro Poder Judicial Federal construye un ámbito de discreción o libertad judicial para evaluar los efectos de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como vengo sosteniendo, considero que la Corte Suprema de Justicia desvirtuó una doctrina –construida en Sistema Europeo de protección de Derechos Humanos– con el objetivo de otorgar un margen de apreciación a los Estados nacionales cuya única titular es la propia Corte, para evaluar la construcción y desarrollo de las políticas públicas que los poderes –con legitimación democrática de origen– determinen, con algún grado –variable según el caso– de libertad, cuándo es necesario y justificado limitar o restringir algún derecho fundamental reconocido en ese sistema regional.

¹⁰⁵¹ Cabral, Pablo Octavio, “La judicialización de la política: propuesta de un abordaje sociológico a un fenómeno político que impacta en el campo jurídico”, *Revista Trayectorias Universitarias*, Volumen IV, Número 7; “El Lawfare en Argentina: luchas por la hegemonía del poder en el campo jurídico”, *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*; vol. 9, abril/junio 2019, Brasil, p. 231-258.

La lectura que los ministros Rosatti y Lorenzetti realizan del artículo 27 de la Constitución Nacional y los alcances que le pretenden otorgar a la doctrina del *margen de apreciación nacional* desconoce el *principio de soberanía popular*, reconocido expresamente en nuestra Constitución Nacional (Art. 33 y 37) como una pauta jurídicamente relevante para el desarrollo de una sociedad democrática que respete los derechos humanos de sus habitantes.

1. El Caso “Escalante” (12 de Agosto de 2022)

c) La resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El voto de la mayoría está rubricado por los ministros Horacio Rosatti y Ricardo Lorenzetti, habiéndolo hecho, según sus propios fundamentos, los jueces Carlos Rosenkrantz y Juan Carlos Maqueda, coincidiendo todos en hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. En el presente capítulo me centrare en el análisis de los argumentos del voto de la mayoría.

Recordó el Tribunal que, si bien las decisiones de los superiores tribunales de justicia provinciales en materia de procedencia de recursos locales no son, en principio, revisables por la Corte, esta regla cede cuando –como en el caso– se encuentra cuestionada la interpretación y aplicación de normas de naturaleza federal y la sentencia atacada es contraria a las pretensiones del recurrente.

La cuestión federal llevada por la defensa de C.N.G. ante el Superior Tribunal provincial exigía –según la Corte– dilucidar si es constitucionalmente válido para el orden jurídico argentino, el cumplimiento en este proceso penal de lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como medida de reparación dictada en el caso “Mendoza” bajo el artículo 63.1 de la Convención Americana.

El primero de los argumentos del tribunal provincial (1) fue rechazado por la Corte argumentando, por un lado que el hecho que la desestimación del recurso extraordinario –mediante la aplicación del art. 280 del CPCyCN– haya sido con posterioridad al dictado de la sen-

tencia en el caso “Mendoza” por la Corte Interamericana; “no pueden interpretarse con el alcance que le asigna el supremo provincial al rechazar el actual planteo del apelante, en tanto no se ajusta a lo efectivamente resuelto por esta Corte en esa sentencia. Al respecto y con el objeto de evitar interpretaciones erróneas acerca del alcance de los fallos de este Tribunal, recientemente se puso de relieve que la desestimación de un recurso extraordinario mediante la aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida” (Considerando 8°).

Respecto del segundo de los argumentos del Tribunal provincial (2), la Corte afirmó que la invocación al precedente “Fontevicchia II” (fallos: 340:47), en la forma en que lo ha hecho el superior local, no constituye un argumento para clausurar la vía intentada por el recurrente, dado que: “existen diferencias procesales relevantes entre el caso citado y los planteos traídos por el apelante en estas actuaciones, circunstancias que demandaba un desarrollo argumental que estableciera específicamente la incidencia en el presente supuesto de los sostenido por esta Corte en aquella ocasión, atendiendo a las mencionadas discrepancias” (Considerando 7°)

Sintetiza la Corte que el Tribunal Supremo de la provincia de Corrientes omitió tratar adecuadamente la materia federal planteada por la defensa recurrente en el pedido de revisión y que dicha cuestión se encuentra directamente relacionada con el litigio, apelando de modo predominante a fundamentos basados en la regulación procesal local, erigiendo de este modo un obstáculo para que la Corte ejerza su competencia apelada ya que lo que habilita su intervención es la previa decisión de la cuestión federal por la cabeza de la justicia provincial.

Volviendo a poner la lupa sobre la utilización del concepto de *margen de apreciación nacional*, la Corte –en el último párrafo del considerando 6° del voto mayoritario– dice:

“Sin que importe adelantar criterio alguno sobre la solución de la cuestión federal planteada, su tratamiento supone sopesar las competencias convencionalmente acordadas para la jurisdicción internacional (cfr. artículos 27, 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; artículos 1°, 2°, 63.1, 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 2° de la ley 23.054, entre otras disposiciones relevantes) en línea con los alcances del compromiso internacionalmente asumido por el Estado argentino, siempre dentro del marco hermenéutico que impone el margen de apreciación nacional que dimana del artículo 27 de la Norma Fundamental (Fallos: 340:47, considerando 11 del voto de la mayoría y considerando 5° del voto del juez Rosatti).”

V. El concepto *margen de apreciación nacional* después del fallo “Escalante”

Como vimos, en el precedente *Fontevecchia II*, la Corte –en su voto mayoritario–, mencionó –al pasar– la doctrina del *margen de apreciación nacional*, vinculándola a la prohibición de la cuarta instancia y al principio de subsidiaridad del sistema interamericano de protección de Derechos Humanos. Y, al momento de construir su argumento de limitación de la aplicación de los tratados internacionales a partir de los principios de derecho público (Art. 27 de la Constitución Nacional), hizo referencia al concepto de soberanía como fundamento a la existencia de algún tipo de límite a la aplicación del derecho internacional (Considerando 16: “El constituyente ha consagrado en el art. 27 una *esfera de reserva soberana*, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad”).

En el voto mayoritario (a diferencia del de Rosatti¹⁰⁵²), el margen de apreciación nacional no integra los principios de derecho público argentino mencionados por el constituyente en el artículo 27 de la Carta Magna.

El paso que da la mayoría en el fallo “Escalante” no es menor ya que, adhiriendo a la postura de Rosatti, sostiene que el *margen de apreciación nacional* dimana del artículo 27 de la norma fundamental, es decir, de nuestro Derecho Constitucional¹⁰⁵³. De ello se desprende que se trataría de uno de los principios del derecho público que reviste carácter supra convencional, que fue descubierto por los magistrados de nuestra corte nacional, a pesar que no se encuentra positivizado en ninguna norma constitucional o legal que le de sustento.

¿Qué implicancias puede tener que el *margen de apreciación nacional* provenga del Derecho Internacional (construcción jurisprudencial del Sistema Europeo de Derechos Humanos o aún de su par Interamericano) o se trate de uno de los principios (implícitos) del derecho público argentino mencionados en el artículo 27 de la Constitución Nacional?

Si situamos este principio como parte del Derecho Internacional – dentro del Sistema Interamericano –, no caben dudas que su interpretación, aplicación y desarrollo doctrinario es una competencia convencional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que nuestra

¹⁰⁵² El ministro Horacio Rosatti también viene proponiendo, tanto en su trabajo doctrinario (ver: Rosatti, Horacio D; “Globalización, convencionalidad y estatalidad. Sobre el margen de apreciación nacional en la aplicación de normas internacionales”; “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local: Teoría y praxis judicial”, Revista de Derecho Público, vol. 2018.2, Santa Fe, p. 653 y siguientes) y como Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el concepto de margen de apreciación provincial o local (ver sus votos en las causas CSJN, Caso “Castillo c/ Provincia de Salta” y “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas s/ acción de amparo”).

¹⁰⁵³ En la referencia la Corte cita el considerando 5 del voto del juez Rosatti en la causa Fontevecchia II, y el considerando 11 del voto de la mayoría, de cuya lectura no surge referencia alguna al margen de apreciación nacional como uno de los principios de derecho público del artículo 27.

Corte deberá aplicar en sede interna, a partir del funcionamiento del principio de subsidiaridad de nuestro sistema regional.

Coincido con Dolabjian en que, en la actualidad: “en el sistema interamericano, la doctrina del *margen* sería admisible en la concretización de las disposiciones de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. A su turno, en el cumplimiento de las decisiones de las instancias internacionales, sólo sería aceptable frente a las recomendaciones de la Comisión IDH y las opiniones consultivas de la Corte IDH, pero no así ante las sentencias del tribunal interamericano, pues estas deben ser acatadas por el Estado condenado en el proceso y seguidas por todos los demás Estados partes del sistema –a la luz del control de convencionalidad– sin contemplarse *margen* al efecto”¹⁰⁵⁴.

Contrariamente a los obstáculos que el sistema interamericano ofrece a la interpretación y uso del *margen de apreciación nacional* que en “Escalante” propone la Corte, en el ámbito del Derecho Constitucional interno, el artículo 27 de nuestra carta magna¹⁰⁵⁵ –leído bajo el prisma del artículo 2 del Código Civil y Comercial¹⁰⁵⁶–, ofrece un espacio de libertad para decir el derecho que empodera desmesuradamente a la cabeza del Poder Judicial por sobre los otros dos poderes, que –sin dudas– cuentan con mayor legitimación democrática.

En mi opinión, este cambio de criterio de la Corte no tiene fundamento jurídico que le dé sustento, tratándose del intento de apropiarse de un mayor margen de poder en su lucha intestina con las autoridades que democráticamente representan al pueblo. Se trata de una decisión pura y exclusivamente *política*.

¹⁰⁵⁴ Dolabjian, Diego; “Sobre el margen de apreciación nacional”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 18, N°2, Noviembre de 2020.

¹⁰⁵⁵ CN; Artículo 27.- El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

¹⁰⁵⁶ Código Civil y Comercial; Artículo 2°.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Como lo expuso Clérico, nuestro máximo tribunal de justicia no contextualizó ni fundó adecuadamente en derecho el uso del *margen de apreciación nacional* al resolver en la causa “Fontevicchia II”, agregando yo que en el precedente “Escalante” de ninguna manera suplió dicha carencia de origen, más bien, la agravó.

No alegó la Corte que el fundamento último de la existencia de este margen de discrecionalidad –reconocido por el Derecho Internacional– no sea la soberanía de los Estados parte en la Convención Americana de Derechos Humanos. Tampoco que no exista una reserva de un espacio de libertad –más o menos extenso– en favor de los Gobiernos y los Legisladores a la hora de tener que concretizar las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de adoptar medidas que pudieran suspender, afectar, limitar o restringir derechos y garantías reconocidos y protegidos en la referida Convención.

El artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que los Estados parte tienen el deber de adoptar disposiciones de derecho interno cuando los derechos y libertades no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. Así, nuestro país se comprometió a adoptar –con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención– las medidas legislativas o administrativas que sean necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.¹⁰⁵⁷

Es decir, surge de una razonable interpretación de nuestro ordenamiento jurídico que de existir el principio del *margen de apreciación nacional* es sólo aplicable al momento en que el poder político democráticamente elegido, en representación del pueblo, reglamenta razonablemente (Art. 28 CN) las disposiciones de los Tratados Internaciona-

¹⁰⁵⁷ La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en una doctrina jurisprudencial consolidada le otorgaba este sentido al principio de *margen de apreciación nacional*. Ver causas “Bramajo” (Fallos: 319:1840); “D. de P.V.A. c/O.C.H.” (Fallos: 322:2701); “Alianza Frente para la Unidad” (Fallos: 324:3143); “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3312); “Simón” (Fallos: 328:2056); “Mazzeo” (Fallos: 330:3248); “R.A.D.” (Fallos: 330:3853); “Sindicato Policial Buenos Aires” (Fallos: 340:437), entre otros. El análisis y recopilación de los fallos se puede ver en Dolabjian, Diego; “Sobre el margen de apreciación nacional”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 18, N°2, Noviembre de 2020, p. 93 y sgtes.

les de protección de Derechos Humanos, con la finalidad de amoldar su concretización en el ámbito nacional o local.¹⁰⁵⁸

En nuestro ordenamiento jurídico positivo, la forma, alcance y escrutinio de las limitaciones de los derechos también están explicitadas en normas que integran el bloque de constitucionalidad. Además del principio constitucional de razonabilidad (Art. 28 CN¹⁰⁵⁹), la propia CADH establece por un lado las exigencias y requisitos para suspender las garantías de los derechos, enumera aquellos derechos que no son susceptibles de ser suspendidos (Art. 27¹⁰⁶⁰), y dispone que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas, dejando expuesto en la convención¹⁰⁶¹ y la jurisprudencia de la Corte Interamericana que estas restricciones deben ser necesarias en una sociedad democrática (Art. 30¹⁰⁶²).

¹⁰⁵⁸ Ver Dolabjian, Diego; “Sobre el margen de apreciación nacional”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 18, N°2, Noviembre de 2020, p. 93.

¹⁰⁵⁹ CN, Artículo 28.- “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”

¹⁰⁶⁰ CADH; Artículo 27. “Suspensión de Garantías: 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4. (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos, ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.”

¹⁰⁶¹ Ver CADH, Preámbulo; Art. 15, Art. 16; Art. 22, Art. 29 y Art. 32.

¹⁰⁶² CADH, Artículo 30. “Alcances de las Restricciones: Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reco-

Es decir, siguiendo este razonamiento, que los beneficiados por la existencia de un margen de discrecionalidad a la hora de establecer políticas públicas, en un sentido muy amplio, (legislativas, administrativas, de alcance individual o general, por acción o por omisión) no es otro que el Estado en cabeza de sus poderes democráticamente elegidos.

La propia Constitución Nacional refuerza la idea que la soberanía radica en el pueblo y que su voluntad es protegida por el sistema republicano y democrático (Art. 33¹⁰⁶³ y 37¹⁰⁶⁴ de la CN), por lo que, de ser posible interpretar que nuestro ordenamiento jurídico esconde en sus entrañas el principio de margen de apreciación nacional, esta libertad para decidir con cierta discrecionalidad sólo puede estar en cabeza de los poderes políticos que representan directamente al pueblo, es decir, tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo.

Y el órgano jurisdiccional con competencia para evaluar si una actuación u omisión estatal se encuentra en ese margen de discreción permitido, no es el máximo tribunal nacional, sino el órgano jurisdiccional con competencia para evaluar la violación de los derechos y garantías reconocidas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esa esfera de reserva de la soberanía judicial que la Corte Suprema descubrió en el artículo 27 de la Constitución Nacional le permite someter a escrutinio las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con un indeterminado margen de discrecionalidad judicial, y seleccionar los principios del derecho público que considere aplicables al caso, para, en definitiva, abrir un paraguas a las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

nocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”

¹⁰⁶³ CN; **Artículo 33.-** Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la **soberanía del pueblo** y de la forma republicana de gobierno.

¹⁰⁶⁴ CN; **Artículo 37.-** Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la **soberanía popular** y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

De mi lectura del precedente “Escalante” se desprende que no coincido con aquellos que ven en ese fallo una superación de lo resuelto en “Fontev ecchia II” y un retorno a las doctrinas anteriores que reconocían la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana para nuestra Corte Suprema.

En mi opinión es una profundización de la utilización del *margen de apreciación nacional* en beneficio de la propia competencia del máximo tribunal de justicia nacional, en desmedro de nuestro sistema democrático, que sin dudas se halla fundado constitucionalmente en el principio de soberanía popular.

Afirma el profesor Andrés Gil Domínguez que a partir de este fallo la versión original de Fontev ecchia II quedó definitivamente superada: “De lo contrario, la decisión jurisprudencial del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes hubiera sido confirmada, puesto que la misma se fundó en la perimida versión del alcance del control de convencionalidad externo en relación con las facultades constitucionales que titulariza el Poder Judicial”¹⁰⁶⁵.

Considero que justamente la lectura del *margen de apreciación nacional* en cabeza del máximo tribunal federal supone reservarse también la competencia para su aplicación respecto de las decisiones de los superiores tribunales provinciales.

El problema que identificamos en estos precedentes judiciales de la Corte Suprema (tanto “Fontev ecchia II” como “Escalante”), no es nuevo ni exclusivo de nuestro país. Explica Fabián Salvioli: “También existen gobiernos –e incluso otros órganos internos de los Estados por fuera de los poderes ejecutivos, en particular algunos de los más altos tribunales y cortes nacionales– que han esgrimido diferentes argumentos, desde cuestiones que remiten a los asuntos internos o el tan trillado concepto de soberanía, hasta enunciar la imposibilidad de remover la cosa juzgada que se determinó

¹⁰⁶⁵ Gil Domínguez, Andrés, “Un nuevo capítulo del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - El caso “Escalante””, en Rubinzal Culzoni, doctrina digital, RC D 640/2022. En igual sentido; Bianchi, Luciano, “El caso “Escalante”: una avant première post “Ministerio””, en La Ley del 3 de octubre de 2022.

nacionalmente por razones de seguridad jurídica, todo en aras de procurar eludir el cumplimiento debido de las obligaciones emergentes de fallos que fueron emitidos por tribunales internacionales de derechos humanos en relación a dichos países, desconociendo incluso que, como cualquier órgano del Estado, no tienen más opción –ni más deber– que cumplir con las obligaciones internacionales asumidas soberanamente por los Estados”.¹⁰⁶⁶

La particularidad de nuestro caso es que no son los poderes políticos –ni el ejecutivo ni el legislativo– quienes reclaman ese *margen de apreciación nacional* frente a los organismos jurisdiccionales del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, quienes –en todo caso– contarían como fundamento de respaldo con el principio positivizado de soberanía popular; sino es la cabeza del poder judicial federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya conformación es claramente contra-mayoritaria y adolece de un déficit de origen en su legitimación democrática, quien reclama para sí una esfera de reserva soberana.

VI. La CSJN frente al Federalismo. El margen de apreciación provincial o local

Habiendo ya desarrollado el concepto de *margen de apreciación nacional*, la doctrina y la postura minoritaria de uno de los magistrados integrantes de nuestro máximo tribunal federal han avanzado en el desarrollo de un concepto similar en el que –la cabeza del poder judicial nacional– pudiera evaluar la existencia de un justificativo para limitar derechos convencionales y constitucionales con fundamento en las particularidades históricas, culturales, geográficas, etc. de cada Estado provincial. Es una réplica –a menor escala– del esquema de funcionamiento del margen de apreciación nacional, pensada para oponer las particularidades de nuestro estado frente al sistema regional de protec-

¹⁰⁶⁶ Salvioli, Fabián; *El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y el valor jurídico de sus pronunciamientos: La Edad de la Razón*, IJSA, San José de Costa Rica, 2022, p.228.

ción de derechos humanos, aplicado en este caso en nuestro sistema federal para que lo local –interpretado por la Corte Suprema– se reserve la facultad de limitar los derechos reconocidos en el ámbito nacional.

*1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional.*¹⁰⁶⁷

a) Caso “Castillo, Carina Viviana y Otros c/Provincia de Salta” (12/12/2017)

El primer caso relevante para estudiar la aplicación del margen de apreciación local, en el que la Corte analizó un caso en el que la limitación o afectación de un derecho humano fundamental por decisiones legislativas y administrativas de un Estado provincial fue el caso “Castillo, Carina Viviana y Otros c/Provincia de Salta”. La doctrina aquí en análisis fue expuesta en el voto minoritario del Dr. Rosatti.

¹⁰⁶⁷ Se destacan además de los casos analizados los siguientes precedentes: caso “Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado-impugnación extraordinaria” (02/05/2019); caso “Alonso de Martina, Marta Inés y otros s/Amparo” (12/11/2019); Caso “Caballero” (16/07/2020). La Corte Suprema ha reconocido la aplicación del margen de apreciación local en numerosas ocasiones y en temas diversos, como ser educativos (“Castillo” –Fallos: 340:1795, disidencia parcial del juez Rosatti, considerando 18, caso donde se discutía la pluralidad de enfoques existentes en el derecho público provincial en materia de educación religiosa–), cívicos (“Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos” –Fallos: 345:730, voto del juez Rosatti, considerando 16, causa referente a las potestades provinciales en materia educativa–), socio-culturales (“Shi” –Fallos: 344:1151, voto de los jueces Maqueda y Rosatti, considerando 16, causa donde se discutía la potestad municipal en la regulación del comercio–), estructura del poder (reglamentación de la garantía judicial de intangibilidad de los salarios –Fallos: 342:1938 voto del juez Rosatti–, mayor o menor amplitud de las inmunidades de legisladores provinciales –Fallos: 343:580, voto de los jueces Maqueda y Rosatti–, autonomía constituyente provincial en materia de sueldo de los legisladores, mayoría para enjuiciar, interpretación de aprobación de DNU provincial –Fallos: 347:1084, voto de los jueces Maqueda y Rosatti, considerando 7º–), descentralización (variedad de criterios de determinación o fijación territorial de los municipios –Fallos: 346:580, disidencia parcial de los jueces Maqueda y Rosatti– y contenidos de la autonomía municipal –Fallos: 344:1657, disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti, considerando 5º, Fallos: 346:1361, voto de los jueces Rosatti y Maqueda, considerando 5º, Fallos: 345:22, voto de los jueces Maqueda y Rosatti, considerando 4º–), idoneidad como requisito para el empleo público (Fallos: 347:640, voto del juez Rosatti), y aun en materia electoral (Unión Cívica Radical de la Provincia de Santa Cruz y otros c/ Estado de la Provincia de Santa Cruz s/ amparo”, Fallos: 341:1869, voto del juez Rosatti, considerando 9º –causa donde se ventilaba la previsión provincial del sistema del doble voto simultáneo–).

El caso dio inicio cuando un grupo de madres de alumnos de escuelas públicas salteñas y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) iniciaron una acción de amparo colectiva contra la Provincia de Salta por considerar que sus autoridades y normativa constitucional y legal local imponen la enseñanza obligatoria de la religión católica en las escuelas públicas provinciales (incluye la educación religiosa en horario escolar, dentro del plan de estudios y con el aval de la respectiva autoridad religiosa), discriminando y violando los derechos de los alumnos y familias que no profesan dicha creencia religiosa (derechos de libertad de religión y de conciencia, de igualdad y no discriminación y de privacidad)¹⁰⁶⁸.

El voto de la mayoría reviste trascendencia por resolver el caso aplicando el principio de igualdad estructural receptado expresamente en el artículo 75, inc. 23 de la Constitución Nacional reformada en 1994.¹⁰⁶⁹ Dijo:

¹⁰⁶⁸ Plantearon la inconstitucionalidad del art. 27, inc. n, de la ley provincial de educación 7546, en cuanto dispone que la instrucción religiosa “integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa”. Peticionaron, además, que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 49 de la Constitución provincial– y 8º, inc. “m, de la referida ley 7546, que establecen, con una redacción idéntica, que “los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, para el caso de que se les otorgare una interpretación que no tuviere compatibilidad con los derechos invocados por su parte.

¹⁰⁶⁹ Considerando 18: “Que para realizar esa determinación se debe tener en cuenta que, luego de la reforma constitucional de 1994, el principio de igualdad que surge del arto 16 de la Constitución Nacional –y que, en general, se ha interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias– debe también ser considerado a la luz del arto 75 inciso 23 y de diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional... Estas normas, al incorporar, por un lado, mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y, por el otro, delinear categorías sospechosas de discriminación, buscan garantizar la igualdad real de los habitantes. En el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen.”

“Que, en aplicación de este criterio, corresponde en primer término afirmar que el inciso ñ del art. 27 de la ley de educación provincial es en “apariencia” neutral porque, en principio, de su letra no surge preferencia de ningún culto respecto de otro. Sin embargo, resulta incuestionable que el contexto social en el que se aplica la norma se caracteriza por una preponderancia de la población que profesa la religión católica. También se advierte de las constancias de la causa que prima facie la aplicación de la norma ha causado un efecto desproporcionado hacia grupos religiosos minoritarios. Salvo, tal vez, respecto de la Iglesia Evangelista, ha quedado claro en la audiencia pública que ningún otro credo que el mayoritario se enseña en las aulas; también se evidenció la falta de alternativas para los no creyentes.”

La Corte dio por probado que surge claramente que, dentro del sistema educativo público de la Provincia de Salta, existen patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes. Así, hizo lugar parcialmente a los planteos de los accionantes afirmando que la norma cuestionada (art. 27 de la Ley 7546), al incluir la educación religiosa en horario escolar, dentro del plan de estudios y con el aval de la respectiva autoridad religiosa, favorece conductas discriminatorias hacia los niños y niñas que no integran el grupo religioso predominante ni ningún otro, generando, de este modo, mayor desigualdad.

Como adelantamos, aquí me interesa analizar la postura del voto minoritario del Dr. Rosatti, quien para resolver utilizó el concepto de margen de apreciación local, particularmente en su considerando 18, que por su transcendencia transcribo sus párrafos centrales a continuación:

“18. Que la descripción del panorama constitucional provincial reseñado, a la luz del texto del art 5 de la Constitución Nacional que –como ha sido destacado con anterioridad

asigna a las provincias el cometido irrenunciable de “asegurar la educación primaria”, permite concluir que la elección salteña en materia de enseñanza religiosa en escuelas primarias públicas expresa un “margen de apreciación provincial” que no confronta con el citado art. 5 sino, antes bien, expone una forma de implementar la competencia educativa atendiendo a las particularidades provinciales de acuerdo con la ponderación de sus propios constituyentes.

En tal sentido, se ha sostenido que “la necesidad de armonía entre los estados particulares y el Estado Nacional debe conducir a que las constituciones de Provincia sean, en lo esencial de Gobierno, semejantes a la nacional; que confirmen y sancionen sus ‘principios, declaraciones y garantías’ y que lo modelen según el tipo genérico que ella crea. Pero no exige, ni puede exigir que sean idénticas, una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta o igual de aquélla. Porque la Constitución de una Provincia es el código en que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma originaria de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y extensos de fundar la Nación. Luego, dentro del molde jurídico del código de derechos y poderes de ésta, cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales e históricos de cada región o Provincia, o de sus particulares anhelos o aptitudes colectivos” (González, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, Bs. As. 1959, Estrada, págs. 648/649, citado en Fallos: 311:460).

Por ello, el “margen de apreciación provincial” en materia educativa permite entender (y convalidar) que ciertas jurisdicciones de nuestro Estado federal pongan énfasis, así como sucede en materia religiosa, en la enseñanza de temas tales como el fomento del espíritu asociativo y cooperativo,

el conocimiento especial de la historia, cultura y geografía locales, la productividad basada en las características regionales, entre otros. En efecto, diversas constituciones provinciales argentinas han consagrado en sus textos la educación en materia cooperativista o mutualista. Así, en el marco de la estimulación de la conformación de empresas de economía social, basadas en los principios del bien común y en la gestión solidaria, la Constitución de Entre Ríos establece que el Estado “[d]ifundirá el pensamiento y la educación cooperativista, mutualista y asociativista” (art. 76). En un sentido similar, la Constitución de Río Negro prevé que “la Provincia incorpora dentro del currículo oficial y en los distintos niveles de enseñanza, la educación cooperativa, a través de acciones conjuntas de las autoridades educativas, los representantes del sector cooperativo y el órgano competente en la materia” (art. 103) y la Constitución de Santiago del Estero también incluye formación relativa a “cooperativismo y mutualismo” (art. 74)...

En síntesis, el estudio de las normas fundamentales provinciales de nuestro país permite verificar que en diversos casos se ha previsto la inclusión –en los planes de estudios– de contenidos específicos vinculados con la jurisdicción propia, aspecto característico del “margen de apreciación provincial” que es connatural al sistema federal establecido por el art. 1º de la Constitución Nacional.”

b) Caso “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santa Cruz y otros c/Estado de la Provincia de Santa Cruz s/Amparo” (11/12/2018)

La Unión Cívica Radical promovió acción de amparo contra la Provincia de Santa Cruz a fin de que se declare la nulidad absoluta e inconstitucionalidad de los arts. 30 y 40 de la ley local 3415 (modificatoria de la ley 2052), en cuanto establecen el sistema de lemas y sub-lemas para la elección de gobernador y vicegobernador. Asimismo,

mo, solicitó que se ordene a la demandada que se abstenga de aplicar tal régimen en los procesos electorales a realizarse en el futuro. Fundó su pretensión en que las normas cuestionadas resultan incompatibles, a su criterio, con el art. 114 de la Constitución provincial, en cuanto prescribe que “el Gobernador y Vicegobernador serán elegidos directamente por el pueblo de la Provincia a simple pluralidad de sufragios”. Agregó que los preceptos atacados también son violatorios de la Constitución Nacional, al ser contrarios al sistema representativo y republicano de gobierno (arts. 10 y 50) y la garantía de la igualdad del voto (art. 37).

En su voto Rosatti argumentó lo siguiente

9 °) Que el tratamiento del sistema electoral local no es unánime al interior de nuestro Estado federal, siendo dable verificar una diversidad de regímenes que expresa el “margen de apreciación local” que esta Corte ha reconocido en el precedente “Castillo”, fallado el 12 de diciembre de 2017 (Fallos: 340:1795, voto del juez Rosatti, considerando 18).

c) Caso “Asociación Civil Asamblea Permanente de los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas s/ acción de amparo” (23/08/2022)

Esta sentencia posiblemente resulte el caso que –hasta el momento– sea en el que más se desarrolló –en el voto del Ministro Rosatti– la doctrina del margen de apreciación provincial o local. La asociación actora demandó a la provincia de Mendoza solicitando se declare la inconstitucionalidad de una resolución de la Dirección General de Escuela que dispuso la realización de actividades en los ámbitos escolares en conmemoración del “Patrono Santiago” y de la “Virgen del Carmen de Cuyo” que desconocen y violan los derechos de las minorías religiosas o ateas del pueblo mendocino (derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la intimidad y a la igualdad, a la honra y a la dignidad).

El fallo fue dictado por los ministros Carlos Fernando Rosenkrantz; Juan Carlos Maqueda (opinión mayoritaria) y Horacio Daniel Rosatti (por su voto) y Ricardo Luis Lorenzetti (por su voto) y confirmó la decisión de la sentencia del máximo tribunal mendocino que rechazó la demanda por entender que la resolución de la Dirección General de Escuela no conculca el principio de neutralidad religiosa que debe imperar en las escuelas públicas y no afecta los derechos constitucionales de los sujetos a quienes representa la actora.

El fundamento de los votos de la mayoría, aun cuando resolvió en igual sentido que el del Dr. Rosatti, no se refirió ni fundó en la doctrina del margen de apreciación provincial, evaluó en concreto que las referidas celebraciones escolares carecen del alegado contenido religioso por lo que su celebración se encuentra dentro de las facultades de la provincia de organizar su calendario escolar.¹⁰⁷⁰

Veamos cómo desarrolló la doctrina el ministro Rosatti en su voto, donde le dedicó los considerandos 16 a 19:

16) Que tanto la norma impugnada (resolución 2616-DGE-2012), como aquellas resoluciones que fijaron los posteriores calendarios escolares, incluyen además de las dos celebraciones cuestionadas en autos, otras conmemoraciones con la previsión de la participación de la comunidad educativa...

17) Que las conmemoraciones citadas, incluyendo las cuestionadas en esta demanda, conforman un calendario escolar de claro espíritu humanista, y deben entenderse como

¹⁰⁷⁰ CSJN; Dijo la mayoría al respecto: “Tal como surge del desarrollo posterior, ciertas figuras que se identifican con un determinado credo tienen muchas veces, además de su uso y significado religioso, un uso y sentido secular, en general, histórico y cultural. Desde esta perspectiva, la utilización por parte de los miembros de una comunidad de un símbolo en su origen religioso con un sentido secular no implica en modo alguno la aceptación por parte de ellos de su significado religioso. De esta manera, se produce una suerte de transformación de la significación del signo, un vaciamiento de su estricto contenido religioso, que permite garantizar la vigencia del principio de neutralidad estatal sin que resulte necesaria su exclusión del ámbito público” (Cons. 5)

expresión del “margen de apreciación local”, potestad inherente a la autonomía provincial reconocida por este Tribunal (Fallos: 340:1795, disidencia parcial del juez Rosatti; 341:1869; 342:1938, votos del juez Rosatti y 343:580, voto de los jueces Maqueda y Rosatti), que deriva del sistema federal establecido por el art. 1º de la Constitución Nacional, y que ha sido ejercida en este caso por la comunidad mendocina en materia educativa. No se trata de una potestad ilimitada sino controlable por los poderes (inicialmente) locales y (finalmente) federales, para evitar la vulneración de la Ley Suprema de la Nación consagrada en el art. 31 de la Constitución. Justamente, un ejemplo de ese control es el que se realiza por medio de esta sentencia.

18) Que no incumbe a esta Corte oficiar de preceptor de las costumbres y tradiciones locales cuando ellas no contravienen un derecho humano fundamental. Contrariamente a lo que puede haberse sostenido en la presente causa, la manifestación cultural local cuestionada no es un ejemplo de homogeneidad unificadora sino de singularidad, desde que responde a la idiosincrasia mendocina pero no se repite en otras provincias. Y es que el respeto al federalismo conlleva necesariamente al respeto a la pluralidad cultural, así como su negación conduce a una uniformidad que, para concretarse, reclama la negación del pasado histórico de los pueblos.

Conviene recordar lo afirmado reiteradamente por este Tribunal, en el sentido en que la Constitución Nacional ha reconocido “la autonomía provincial, tanto para elegir sus propias autoridades como para diseñar sus instituciones y constituciones en consonancia con sus identidades y particularidades, y en tales oportunidades, ha destacado el valor de la diversidad que conlleva el régimen federal de gobierno adoptado por nuestro país” (conf. doctrina de Fallos: 311:460 y sus citas; 317:1195 y sus citas; 329:5814).

19) Que a la luz de lo expresado, corresponde concluir que no se presentan en la causa motivos que permitan considerar que el texto de la resolución, y la implementación que de ella se ha efectuado en la Provincia de Mendoza, importe vulnerar los derechos fundamentales invocados que autoricen su declaración de invalidez constitucional.

Se trata, a juicio de esta Corte, de un claro e inequívoco ejercicio del “margen de apreciación local” (en este caso provincial) en materia educativa, que debe ser respetado en tanto sea ejercido en el marco dispositivo de las normas que lo reglamentan, para evitar toda forma de discriminación. Es importante remarcar que la práctica debe acompañar en estos casos a la norma, para evitar que por medio de aquella se violente a esta (cfr. Fallos: 340:1795, voto del juez Rosatti, especialmente considerandos 33 y 34).”

d) Caso: “Confederación Frente Amplio Formoseño c/ Formosa, Provincia de s/ amparo”

El 19 de diciembre de 2024, la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 132 de la Constitución de la Provincia de Formosa que en su texto expresamente permite la reelección ilimitada del Gobernador y el Vicegobernador. El tribunal, con la concurrencia mayoritaria de los magistrados Rosatti y Maqueda resolvió la declaración de inconstitucionalidad del artículo 132 de la Constitución local, por cuanto habilitó la octava candidatura del señor Gildo Insfrán como gobernador para el período que comenzó el 10 de diciembre de 2023 y culminaría el 10 de diciembre de 2027. Por su parte, en votos individuales, los magistrados Rosenkrantz y Lorenzetti expresaron sus ideas que, con variaciones, coinciden con la declaración de inconstitucionalidad.

La mayoría, en su considerando 13, dijo:

“Que, dentro de este marco conceptual, las provincias argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podrán

establecer en sus respectivas Constituciones un número limitado de reelecciones gubernamentales para que i) los postulantes conozcan de antemano la temporalidad del ejercicio del poder, ii) los partidos políticos favorezcan la generación de alternativas al interior de sus estructuras, y iii) el electorado cuente con reglas claras a las que atenerse.

En ese contexto, es claro que no compete a la Corte subrogar el ejercicio del poder constituyente local definiendo cuál es el número máximo razonable de reelecciones gubernamentales, sino de establecer el marco dentro del cual el ejercicio de dicha potestad queda encuadrado en los límites de la Constitución Nacional.

Es por debajo del techo constitucional nacional donde tiene cabida el margen de apreciación local, que este Tribunal ha invocado en la resolución de causas donde los alcances de los contenidos en disputa reflejaban la heterogeneidad ínsita a todo régimen federal y en las que, por tanto, cada provincia debía ser quien definiera el standard jurídico conforme a su específica e intransferible realidad (arg. Fallos: 343:580 y 344:1151, voto de los jueces Maqueda y Rosatti)”

Se puede observar que Rosatti y Maqueda hacen expresa mención al “margen de apreciación local”, que –como vimos– venía siendo aplicado por estos magistrados en diversas situaciones y casos, pero al momento de resolver, se inclinan por declarar inconstitucional la norma constitucional provincial que adoptaba un sistema de reelección ilimitado de sus máximas autoridades administrativas. Tal decisión se funda en una aplicación al caso e interpretación de los principios republicanos y democráticos de gobierno, sin esgrimir razones por las que resulta válido no hacer uso del margen de apreciación provincial en esta causa.

Lorenzetti, al reiterar en su considerando 12 los contenidos del considerando 13 del voto de la mayoría, eliminó los dos párrafos referidos

al margen de apreciación local. Agregando luego, por su parte –en el considerando 7–, que:

“Se trata de determinar si el Estado de Derecho se aplica a todos los habitantes de la Nación, o bien si pueden ser neutralizados mediante una serie de actos realizados bajo el amparo del margen de apreciación local.

La respuesta contundente de esta Corte es que nadie está por encima de la ley y de su correcta interpretación judicial, puesto que afirmar lo contrario transformaría a la Constitución en un vano intento de limitar lo ilimitable.”

VII. Conclusiones

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de los fallos aquí analizados, se encuentra articulando un nuevo control de constitucionalidad-jurídico y técnico– que otorga una supremacía política a la cabeza del Poder Judicial federal por sobre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Constituyente que reformó nuestra carta magna en 1994.

Una mirada dinámica de los criterios construidos por la Corte en los precedentes “Fontevicchia II”, “Escalante” y “A.C.P.D.H.” demuestra que la cabeza política de nuestro Poder Judicial supera la idea de someter la condena internacional en materia de derechos humanos a una suerte de *exequatur* para determinar su adecuación al orden público nacional, quitándole fuerza vinculante a aquellas decisiones que no se ajusten a sus principios. Avanza en la configuración de un nuevo control de constitucionalidad, externo y vertical, surgido –al igual que el creado por la Corte norteamericana– pretorianamente, concentrado en la propia Corte Suprema y que alcanza tanto a normas como a interpretaciones internacionales.

Quiero finalizar este trabajo trayendo una pregunta realizada por el profesor Víctor Abramovich, quien –analizando el caso *Fontevicchia II*– lo interpretó como un intento de la Corte Suprema de Justicia de evitar la amenaza a su autoridad por parte de la Corte Interamericana y presagió “nuevas pautas interpretativas de toda la carta de derechos, posiblemente en una tendencia regresiva”: “¿Qué ocurrirá si como hipótesis extrema un nuevo intérprete constitucional entendiera que los derechos y principios jurídicos que traen esos tratados y sus estándares interpretativos, como el derecho a la vivienda y el agua, a la consulta indígena, a la igualdad e identidad de género, o la imprescriptibilidad de los crímenes masivos, colisionan con los principios fundamentales de derecho público argentino, inducidos del texto liberal conservador de la constitución originaria, modelada en el ideario del siglo XIX?”¹⁰⁷¹

Esta pregunta tiene que ser repensada con el recorrido jurisprudencial de la Corte posterior a *Fontevicchia II*, ya que los principios del derecho público del art. 27 de la Constitución Nacional son reforzados y potenciados con el concepto –reconfigurado– de *margen de apreciación nacional*. El futuro confirmará –o no– una profundización de aquella interpretación regresiva de la que nos hablaba Abramovich, y la confirmación –o no– de una nueva herramienta jurídica en manos de la Corte Suprema para revisar la constitucionalidad de todo el bloque normativo internacional de derechos humanos y sus interpretaciones autorizadas.

Si esto último se consolida será muy difícil volver atrás. Veamos el exitoso ejemplo de irreversibilidad del control de constitucionalidad creado en Norteamérica con una decisión de una corte de justicia en el año 1803 y adoptado por nuestro ordenamiento jurídico nacional. La reglamentación legal del artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional puede ser una alternativa, aunque siempre estará sujeta a revisión de la Corte.

¹⁰⁷¹ Abramovich, Víctor, Ob. Cit.

Nuestro sistema democrático, la soberanía popular, el principio de igualdad estructural y los derechos sociales fundamentales requieren, para su consolidación y protección futura, una nueva configuración institucional en la que se establezca otra forma de equilibrar las relaciones entre los distintos poderes constituidos. Sólo el consenso democrático de mayorías y minorías –plasmado en una reforma constitucional– puede intentar desvanecer el futuro regresivo que se avizora de la lectura de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.